

السيد محمد

قسم الدراسات العليا الشرعية

فرع الفقه

مساعدة الدكتور محمد حسان - مساعدة الدكتور محمد حسان

عَفْدُ الْعَارِئَةِ فِي الْفَقْرِ الْوَسْطَى

رسالة مقدمة للنيل درجة الماجستير

299.

في الفقه

إعداد

محمد بن عبد الله بن صالح بن محمد بن علي

راہِ شرافت

فضيلة الدكتور محمد شعيبان حسين

عام ۱۳۹۹ھ - ۱۹۷۹ م



119



3. 1. 2. 189

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله الامين ، امام الشاكرين ، وسيد

المتفضلين ، اما بعد :

تعبير

فيطيب لى ان اتقدم باسمى آيات الشكر والتقدير الى صاحب
الفضيلة سيادة الدكتور محمد شعبان حسين ، الرجل الفاضل الذى اشرف
على هذه الرسالة والذى منحنى من علمه ووقته الشئ الكثير خلال مدة
اعدادى لها ، حتى تمكنت من اخراجها بهذه الصورة التى ارجو ان تكون
مرضية ان شاء الله .

فالله اسأل ان يجزيه (الله) عنى كل خير ، وان لا يحرمنا من علمه وفضله
انه سميع مجيب .

كما اتقدم بالشكر والتقدير الى كل من ^{اسم} ساهم فى اخراج هذا
البحث من مشائخ وزملاء واصدقاء ، راجيا من المولى العلى القدير
ان يجزل لهم ثواب الدنيا والاخرة ، انه سميع مجيب .

ولا يغوتنى هنا ان انوه بما تقوم به ادارة قسم الدراسات العليا
بجامعة الطك عبد العزيز بمكة المكرمة ، وادارة مكتبة الحرم المكى ، من
خدمات جليلة تستهدف مساعدة الباحث فى الغلوص الى كل ما يحتاج اليه
فى بحثه بسهولة ويسر . فلهم منى الدعاء المخلص بان يسد ^{الله} خطاهم
لصالح هذه الامة ، وان يجنبهم مزالق النسي والضلال ، وان يعينهم على
القيام بمسئولياتهم ، انه بالاجابة جدير وعلى ذلك قديره ، وآخر دعوانا ان
الحمد لله رب العالمين .

فهرس محتويات الرسالة

الصفحة

المقدمة

الباب الاول : فى العقد

الفصل الاول : فى تعريف العقد

المبحث الاول : فى تعريف العقد لغة واصطلاحا

تعريف العقد لغة

تعريف العقد فى اصطلاح الفقهاء

المبحث الثانى : فى نبذة مختصرة عن تاريخ التعاقد بين البشر

الفصل الثانى : فى اركان العقد واقسامه

المبحث الاول : فى اركان العقد

المبحث الثانى : فى اقسام العقد

تقسيم العقود بالنظر الى المشروعية وعدمها

تقسيم العقود من حيث الصحة وعدمها

تقسيم العقود من حيث النفاذ وعدمه

تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه

تقسيم العقود من حيث تبادل الحقوق

تقسيم العقود من حيث الضمان وعدمه

لفظ اذاعه عن
حطب العود

الصفحة

الباب الثاني

- ٥٢ في تعريف المارية وادلة مشروعيتها وحكمة تشريعها وحكمها
- ٥٣ الفصل الاول : في تعريف المارية
- ٥٣ المبحث الاول : في تعريف المارية لغة
- ٦٠ المبحث الثاني : في تعريف المارية في اصطلاح الفقهاء
- ٦٠ اولا : تعريف المارية عند الاحناف
- ٦٤ ثانيا : تعريف المارية عند المالكية
- ٦٦ ثالثا : تعريف المارية عند الشافعية
- ٦٨ رابعا : تعريف المارية عند الحنابلة
- ٦٩ خامسا : تعريف المارية عند ابن حزم الظاهري
- ٦٩ سادسا : تعريف المارية عند الشيعة الزيدية
- ٧٠ مناقشة تعريفات المارية وبيان الراجح منها
- ١٠٦ الربط بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للمارية
- ١٠٩ الفصل الثاني : ادلة مشروعية المارية، وحكمة تشريعها وحكمها
- ١١٠ المبحث الاول : ادلة مشروعية المارية وحكمة تشريعها
- ١١٩ المبحث الثاني : حكم عقد المارية

الباب الثالث : في اركان عقد المارية

- الفصل الاول : في صيغة عقد المارية

الصفحة

	المبحث الاول : في تعريف الصيغة
١٣٠	المبحث الثاني : آراء العلماء في اعتبار القبول ركناً في عقد العارية
١٣٥	المبحث الثالث : في وسائل التمييز عن ارادة الحق
١٣٦	المطلب الاول : في التعاقد بواسطة الالفاظ
١٣٧	اللفظ الصريح
١٤٠	اللفظ الكئاني
١٤٣	المطلب الثاني : التعاقد بواسطة الكتابة
١٤٦	المطلب الثالث : التعاقد بواسطة الرسالة
١٤٨	المطلب الرابع : التعاقد بواسطة الاشارة
١٤٩	المسألة الاولى : اشارة الناطق
١٥٠	المسألة الثانية : اشارة العاجز عن النطق
١٥١	اولا : الخرس الاصلي
١٥٣	ثانيا : الخرس الطاريء
١٥٥	المسألة الثالثة : بيان الراجح في التعاقد بواسطة الاشارة
١٦٠	المطلب الخامس : التعاقد بواسطة التماطلي
١٦٠	المعنى الاول للتماطلي
١٦١	المعنى الثاني للتماطلي
١٦٢	المعنى الثالث للتماطلي

هذا خلاصة
عمله الجليل

الصفحة

١٦٤	هذه وصده داخل حكم انشاء عقد العارية بالمعاطاة
١٧٣	المطلب السادس : التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة
١٧٥	الفصل الثاني : في المميز، والمستعير، والعين الممارة
١٧٦	المبحث الاول : في الشروط المعتبرة في المميز
١٧٦	اولا : العقل
١٨٨	ثانيا : البلوغ
٢٢٦	ثالثا : الرشده
	رابعا : الاختيار
	خامسا : كون المميز مالكا لما يميزه او مختصا به او مأذونا
٢٣٥	له بالاعارة
٢٤١	سادسا : كون المميز حرا، او مأذونا له بالاعارة
	سابعا : كون المميز صحيحا عند اعارته لما هو اكثر من
٢٤٥	ثلث ماله
٢٥١	ثامنا : عدم الحجر على المميز بسبب الدين
٢٥٥	المبحث الثاني : الشروط المعتبرة في المستعير
٢٥٦	اولا : كون المستعير عاقلا بالغا رشيدا
٢٦٢	ثانيا : كون المستعير ممينا
٢٦٣	ثالثا : كون المستعير اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين الممارة

الصفحة

- ٢٦٧ رابعا : قبض المستمير للعين المارة
- ٢٧٠ المبحث الثالث : في الشروط المعتبرة في العين المارة
- ٢٧٠ أولا : كون منفعة المين مباحة شرعا
- ٢٧١ ثانيا : كون العين المارة ذات منفعة مقصودة
- ٢٧٣ ثالثا : بقاء العين المارة بعد الانتفاع بها
- ٢٧٩ رابعا : كون العين المارة معينة
- ٢٨١ خامسا : كون جهة الانتفاع بالعين المارة معينة عرفا ونصا
- ٢٨٣ المبحث الرابع : واجب المستمير تجاه العين المارة
- ٢٨٩ الباب الرابع : تقسيم المارة من حيث الصينة
- ٢٩٠ الفصل الاول : تقسيم المارة من حيث الصينة الى مطلقة ومقيدة
- ٢٩١ المبحث الاول : الاطلاق والتقييد من حيث الزمان والمكان
- ٢٩١ أولا : الاطلاق والتقييد من حيث الزمان
- ٢٩٣ ثانيا : الاطلاق والتقييد من حيث المكان
- ٣٠٠ المبحث الثاني : الاطلاق والتقييد من حيث المنتفع
- ٣١٥ المبحث الثالث : الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة
- ٣١٧ الحال الاولى : تعيين نوع المنفعة
- ٣٢٢ الحال الثانية : عدم تعيين نوع المنفعة

ابن اخطم المارة
او آثا عصف
المارة ارجل
فضاله نفس
الامس صينة اخرى

ما يكون مالا
ما يكون مارة
معنا
مارة
مارة
مارة

الصفحة

- الموطن الاول : الاطلاق من حيث المنفعة صراحة ٣٢٢
- الموطن الثاني : الاطلاق من حيث المنفعة دلالة ٣٢٣
- المبحث الرابع : الاطلاق والتقييد من حيث جميع الوجوه اوجمضها ٣٢٦
- المبحث الخامس : ما ينشأ عن مجاوزة المستعير للتقييد من احكام ٣٣٠
- المبحث السادس : في التصرفات التي يملكها المستعير في العين
- المعارة
- المطلب الاول : ايداع العين المعارة ٣٤٠
- المطلب الثاني : تأجير العين المعارة ٣٤١
- المطلب الثالث : رهن العين المعارة ٣٤٦
- المطلب الرابع : اصلاح العين المعارة ٣٥٥
- المطلب الخامس : ايداع العين المعارة ٣٧٠
- الفصل الثاني : في تقسيم العارية من حيث الصيغة الى جائز قولا زمة ٣٧٣
- المبحث الاول : العارية الجائزة من جانب الممير والمستعير ٣٧٤
- المبحث الثاني : العارية اللازمة من جانب الممير والمستعير ٣٨٤
- المبحث الثالث : العارية اللازمة من جانب الممير دون
- المستعير او العكس ٣٨٨
- المبحث الرابع : خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة على المستعير
- حال لزوم عقد العارية ٣٩٢

الصفحةالباب الخامس : الضمان في عقد الحارية

- ٣٩٦ الفصل الاول : في تعريف الضمان ودليل مشروعيته وأركانه
- ٣٩٦ المبحث الاول : في تعريف الضمان لغة واصطلاحاً
- ٤٠٠ المبحث الثاني : في مشروعية الضمان وأركانه
- ٤٠٠ * مشروعية الضمان
- ٤٠٢ * أركان الضمان
- ٤٠٤ الفصل الثاني : ضمان رد العين المعارة
- ٤٠٥ المبحث الاول : مشروعية ضمان رد العين المعارة وموجب ذلك
- ٤٠٥ مشروعية ضمان رد العين المعارة
- ٤٠٦ موجب رد العين المعارة
- ٤٠٦ الحال الاولى : رجوع المغير عن عقد الحارية
- ٤٠٨ الحال الثانية : انتهاء مدة الاعارة
- ٤٠٩ الحال الثالثة : موت المغير أو المستعير
- ٤١٢ الحال الرابعة : جنون احد العاقدين أو غمائه أو الحجر عليه
- ٤١٣ المبحث الثاني : الرد البرأ من الضمان
- ٤١٤ المسألة الاولى : رد العين المعارة الى مغيرها أو الى وكيله
- ٤١٤ المسألة الثانية : رد العين المعارة الى من في عيال المغير
- ٤١٩ المسألة الثالثة : رد العين المعارة الى ملك المغير

الصفحة

المسألة الرابعة : رد العين المعارة الى المميز مع من في	
٤٢٠	عيال المستمير
٤٢٢	المسألة الخامسة : رد العين المعارة الى المميز مع جنبي
٤٢٨	المسألة السادسة : رد العين المعارة الى الحاكم والولى
	المسألة السابعة : تسليم العين المعارة للمميز فى الموضع
٤٢٩	الذى حصلت فيه الاستعارة
٤٣٠	المبحث الثالث : اجرة رد العين المعارة
٤٣٤	الفصل الثالث : ضمان العين المعارة بعد تلفها
٤٣٥	المبحث الاول : الاصل فى العارية من حيث الضمان وعدمه
٤٤٦	المبحث الثانى : فيما يوجب الضمان او ما يوجب سقوطه
٤٤٦	المطلب الاول : فيما يوجب ضمان العين المعارة
	المطلب الثانى : فيما يوجب سقوط الضمان عند الشافعية
٤٤٩	والحنابلة
٤٦٠	المبحث الثالث : اشتراط الضمان فى عقد العارية او نفيه
٤٦٠	المطلب الاول : اشتراط الضمان فى عقد العارية
٤٦٦	المطلب الثانى : اشتراط نفي الضمان
٤٧١	المبحث الرابع : الواجب فى ضمان العارية
٤٩٦	الفصل الرابع : ضمان الزوائد والمنفعة

الصفحة

- المبحث الاول : ضمان زوائد العين المعارة ٤٩٧
- المبحث الثانى : ضمان منفعة العين المعارة ٥٠٤
- المطلب الاول : فى مالبة المنافع وحكم ضمانها ٥٠٢
- المطلب الثانى : فيما يوجب ضمان منفعة العين المعارة ٥١٢
- الباب السادس : فى الاختلاف بين المميز والمستميز ٥١٩
- الفصل الاول : الاختلاف فى ملكية العين المعارة ٥٢٠
- الفصل الثانى : الاختلاف فى انشاء عقد المعارية ٥٤٠
- الصورة الاولى : اذا اختلف مالك المال وقابضه فى قبض المال اكان على سبيل المعارية ام على سبيل الاجارة ٥٤٠
- الصورة الثانية : اذا قال المالك : غصبتنى هذه العين وانكر القابض وادعى انه اعاره اياها ٥٤٧
- الصورة الثالثة : اذا اختلف المالك والقابض فى الايداع والاعارة فادعى احدهما الايداع والاخر الاعارة ٥٤٩
- الفصل الثالث : فيما ينشأ من اختلاف بين المميز والمستميز ٥٥١
- بعد انشاء عقد المعارية

هذا لا يدخل
لعمري المبحث الاول
أحكام غاصب
ضمان الإيجار
والدعوى

الصفحة

٥٥١	المسألة الاولى : الاختلاف فى الاطلاق والتقييد
٥٥٤	المسألة الثانية : الاختلاف فى اشتراط بعض الشروط
	المسألة الثالثة : الاختلاف فى صفة العين المعارة
٥٥٥	او قيمتها عند التلف
٥٥٦	المسألة الرابعة : الاختلاف فى رد العين المعارة
٥٥٨	المسألة الخامسة : الاختلاف فى سبب هلاك العين المعارة
٥٦٢	الخاتمة
٥٧٢	قائمة المراجع

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين ، اما بعد : فان الاشتغال بالعلم
والعناية به من اهم الاعمال واقدسها ، واكثرها ثمرة ومرددا على
حياة الافراد والمجتمعات .

فقالعلم يرتقى الانسان عن حضرة الجهل والتخلف ، ليتسامى
الى المستوى اللائق بتفضيله على سائر المخلوقات ، والعلم يصل
الانسان الى الوعى والادراك الخلق به كخليفة لله في ارضه ، اذ به يخلص
الى معرفة ما يهمه من امور معاشه ومعاده .

والعلم في الواقع بحر زاخر لا ساحل لده ولا حد لجذره ،
وهو على هذا ، منه المهم والهام والاهم .

ولست هنا لاقدر حقيقة اذ قلت : بأن التشريع الاسلامي
من اهم العلوم واجلها ان تلك قضية مسلمة لا مجال للشك فيها ، ولا
جدال في ثبوتها .

وحسب الانسان ان يعلم ان التشريع الاسلامي ، منهاج انزل
من السماء ، ليحكم تصرفات الانسان وسلوكه ، حتى يستثمر مدى
عظمته واهميته في حياته وحياة أسرته ومجتمعه .

فهو منهاج انزل من لدن خبير عليم ، خبير باحوال البشر

ورغبتهم ، عليهم بما يصلح معاشهم ومعادهم ، بصور بجميع ما يحقق
الامن ، والرعاية والاستقرار لهم .

انزل من عند رب رحيم لطيف بعباده ، ليكون رحمة للمؤمنين
وسراج هداية لهم ، ينظم علاقاتهم ورشد ها ، وسموا بانسانيتهم الى
المقام اللائق بها .

فهل هناك علم ، أهم من هذا العلم في حياة الانسان ؟ خاصة
في هذا العصر الذي كثر فيه الازمات ، فمن ازمات اخلاقية ، الى
ازمات اقتصادية ، الى ازمات سياسية ، الى غير ذلك من الازمات
التي اصيبت بها المجتمعات والدولة في هذا العصر ، وما اغناها عن ذلك ،
لواتخذت من هذا التشريع منهاج حياتها .

وعلی هذا ، فليس من المبالغة في شيء اذا قلت : بان علوم
التشريع الاسلامي معلوم لا اهم ، ولا اقدس ، ولا اشرف منها يبين
سائر علوم الانسان .

واذا كان الامر كذلك ، فان لهذه العلوم حقاً كبيراً على ابنسائ
الدين الاسلامي وواجباً جليلاً لا يتقبل فقط في احترام هذه العلوم
وتقدسها ، وانما في الاهتمام بدراستها ايضاً ، والاشتغال بفنونها ،
والاهتمام بها في جميع مجالات الحياة .

واقترعنا منى بهذا المبدأ : كان لى شرف الانضمام للجامعة
الاسلامية بالمدينة المنورة ونها . حصلت على شهادة كلية الشريعة .
ولما كانت علوم الشريعة الاسلامية ، اكبر من ان يحيط بها دارس

أخاطبة تامة ، عقدت المزم على التخصص في احد علومها ، وذلك
لاقتناعي التام بأهمية التخصص ، ومدى فعاليتها في اثراء العلوم جميعها .
ومن هنا كان لي شرف الالتحاق بجامعة الملك عبدالمعز
للتخصص في علم من اهم علوم التشريع الاسلامي ، الا وهو علم
الفقه .

وكفي القارئ العزيز ان يعلم : ان الفقه " عبارة عن الملم
بالاحكام الشرعية المطبقة المكتسب من ادلتها التفصيلية " (١) ليتم
مدى اهمية هذا العلم في حياة الفرد والاسرة والمجتمع .

ولما كان نظام هذه الجامعة ، يوجب على كل من يريد الاختصاص
في احد العلوم ان يقدم بحثا او رسالة في احدى جزئيات اختصاصه
ليتمتع بذلك على اسهل الطرق للبحث في مجال الاختصاص الذي ينوى الاشتغال
به : تقدمت لمجلس كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، وسجلت
هذا البحث ، الذي اكتب له هذه المقدمة وهو عقد المارسة في الفقه
الاسلامي " .

والواقع ان احدا ، لم يفرض علي دراسة هذا الموضوع ، اذ ان
المعروف على هذه الرسالة ، يتيح لابنائها ، فرصة اختيار المواضيع التي

(١) البيضاوي - منهاج الاصول في علم الاصول ج ١٩ / ١ / مطبوع مع
شرح البدخشبي وشرح الاسنوي .

يجدونها مناسبة ، وجديرة بالبحث والمناقشة ، ولا يخفى ما لهذه الطريقة من ايجابيات ، ولعل من اهمها المساهمة في استقلال شخصية الطالب وفرض روح الاعتماد فيه على النفس ، وتلك مسألة ذات اهمية كبرى في حياة الباحث العلمية ، وخاصة في مرحلة ، ما بعد الجامعة .

ولعل من اهم الاسباب التي دعيتي لاختيار هذا الموضوع ، سببين رئيسيين :

أحدهما :- اني لم اجد ايا من تسجيلي لموضوع عقد المارسة في الفقه الاسلامي ، من بحثه بحثا مستقلا مقارنا ، وعلم الله اني اجتهدت في البحث عن ذلك ، في المملكة العربية السعودية وفي مصر والشام والمراق فلم اجد شيئا من ذلك ، وفوق كل ذي علم عليم .

ومن هنا رأيت ان اخدم طلبة العلم ، في ابراز هذا الموضوع في كتاب مستقل يجمع شتات مسائله من كتب الفقه ، يضم آراء الفقهاء في كل مسألة من مسائله ما امكن ، ^{الى} ذلك ، ليسهل على طلبة العلم الاطلاع على آراء الفقهاء في سائر مسائل هذا الموضوع .

السبب الثاني :- ما لاحظته من ان دراسة عقد المارسة ، او غيره من العقود ، تعنى الاطلاع على اغلب احكام المقود الاخرى ، وذلك لان سائر المقود في الشريعة الاسلامية تشترك في اكثر الاحكام ، ومن هنا نشأ ما يسمى بنظرية العقد في الفقه الاسلامي .

ولا يخفى ما للاحاطة باغلب احكام المقود ، من اثر كبير في رفع

المستوى العلمي للباحث وخاصة ذلك الباحث الذي لا يزال ، في أول عتبات الاختصاص .

ولعل من أهم الصعوبات التي واجهتني خلال بحثي لمسائل هذا الموضوع ، انتشار جملة من مسأله في كتب المقود الأخرى ، وغيرها .
فهو وإن كان مما افرد في كتب الفقه ، بباب مستقل ، إلا أن الفقهاء لم يذكروا جميع ما يتعلق به في بابيه .

ولهذا يضطر الباحث ، إذا عرضت له مسألة ما ، ولم يجد لها حكماً في كتاب المارئة أن يبحث في مضانها في كتب المقود الأخرى ، وقد لا يوفق في العثور عليها ، إلا بعد جهد مضعن وعمل شاق .

ولقد وفقت والله الحمد بعد بذل الجهد ، أن أبحث مسائل هذا المقود في الفقه الإسلامي وذلك في ستة أبواب وخاتمة و هي كما يلي :

الباب الأول : في المقود ، وهو باب تمهيدي ، يشتمل على فصلين :

الفصل الأول : ----- في تعريف المقود لغة واصطلاحاً .

والفصل الثاني : ----- في أركان المقود وأقسامه .

أما الباب الثاني : ففي تعريف المارئة ، وأذلة مشروعيتهما ، وحكمها ، وينقسم

هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : ----- في تعريف المارئة في اللغة العربية ، وفي اصطلاح

الفقهاء .

والفصل الثاني : ----- في ادلة مشروعية عقد المارية ، من الكتاب

والسنة ، والاجماع مع بيان حكمة تشريعها ، وحكمها
من حيث الوجوب ، والندب ، والكراهة والحرمية
والاباحة .

واما الباب الثالث: ----- ففي اركان عقد المارية ، ويشتمل على فصلين :

الفصل الاول : ----- في صيغة عقد المارية .

والفصل الثاني : ----- في المميز والمستميز والمين المماراة ، وما يتعلق
بهم من شروط مع ذكر بعض الاحكام المرتبطة بهم .

واما الباب الرابع: ----- ففي تقسيم المارية من حيث الصفة ، ويشتمل هذا
الباب على فصلين :

الفصل الاول : ----- في تقسيم المارية من حيث الصيغة الى مطلقة
ومقيدة .

والفصل الثاني : ----- في تقسيم المارية من حيث الصفة الى جائزة
ولا زمة .

اما الباب الخامس: ----- ففي الضمان في عقد المارية ، ويشتمل على اربعة
فصول :

الفصل الاول : ----- في تعريف الضمان ، ودليل مشروعيته ، واركانه .

الفصل الثاني :
----- في ضمان رد المين الممارة •

الفصل الثالث :
----- في ضمان المين الممارة •

الفصل الرابع :
----- في ضمان الزوائد والمنفعة •

اما الباب السادس :
----- ففي الاختلاف بين الميسر والمستمير • وشتمل هذا

الباب على ثلاثة فصول :

الفصل الاول :
----- في الاختلاف في ملكية المين الممارة •

الفصل الثاني :
----- في الاختلاف في انشاء عقد المارية •

الفصل الثالث :
----- فيما ينشأ من اختلاف بعد انشاء عقد المارية •

اما خاتمة هذه الرسالة :
----- فتشتمل على اهم النتائج التي توصل اليها البحث •

والانتهاء من الخاتمة • تكون هذه الرسالة قد انتهت •

ولقد توخيت في هذه الرسالة • ذكر ما تيسر لي العثور عليه
من آراء الفقهاء في كل مسألة تعرض لي • مع ذكر أدلة كل فريق • وناقشتها
ان أمكن ذلك • وترجيح ما أميل اليه بالدليل • ما استطعت الى ذلك سبيلا •

هذا اذا كانت المسألة المطروحة للبحث مسألة خاتمة • اما ان كانت

ما لا أعلم فيه خلافا بين الفقهاء • فذكرها بهذه الصفة مع ذكر ما تيسر

لي من أدلة الفقهاء فيها •

ومد ، فيعلم الله اني قد بذلت في هذه الرسالة ، جهدا كبيرا ،
ووقتا واسما ، حتى ظهرت على هذه الصورة ، التي ارجو ، ان تكون في مستوى
ما بذلته فيها من جهد ووقت ، لا يستهان به .

على ان الباحث مهما حاول الاجادة في بحثه ، والغ في تحريه -
الصواب ، فلا يخلو بمد ذلك من اخطاء وثرثارات اذ لا عصمة الا لنبي .

فما كان في رسالتي هذه من صواب فهو من الله فضلا واحسانا
فله الشكر ما دامت السماوات والارض ، وما كان فيها من خطأ ، فهو من
نفسي ومن عدو آدم وذريته ، ابليس ، فاستغفر الله من كل خطأ وثرثرة ،
وابسرا الى الله من ذلك .

وختاما : ارجو من المولى القدير ، ان يجعل هذا العمل خالصا
لوجهه الكريم ، وان يتقبله بقبول حسن ، وان ينفع به الاسلام والمسلمين ،
انه على ^{عليه} ما يشاء قدير ، والاجابة جدير ، والحمد لله رب العالمين والصلاة
والسلام على اشرف المرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين .

الباب الاول : في المقد

لما كان عنوان هذه الرسالة هو : عقد المارية في الفقه الاسلامي ، فهو
مكون من كلمتين ، " العقد " و " المارية " رأيت ان اجعل الباب الاول منها ،
بابا تمهيدا ، اعرف فيه معنى العقد في اللغة والاصطلاح ، وابين فيه بعد ذلك
أهم ما يتصل بهذه العبارة من احكام عند الفقهاء بايجاز ، ليسهل علينا الدخول
بعد ذلك في تفاصيل العبارة التالية ، من عنوان هذه الرسالة وهي : " المارية"
وما يتعلق بها من احكام . وفيما يلي فصلان لبيان ذلك .

الفصل الاول : في تعريف المقد ، وفيه مبحثان

المبحث الاول : في تعريف المقد لغة واصطلاحا .

المبحث الثاني : في نبذة مختصرة عن تاريخ التعاقد بين البشر .

الفصل الثاني : في اركان العقد واقسامه

المبحث الاول : في اركان المقد .

المبحث الثاني : في اقسام المقد .

هذا ما لزم ايضاحه في البداية ، فارجو من المولى القدير أن يوفقني فيما أنا مقدم عليه ،
والله المستعان .

الفصل الاول : في تعريف العقد

المبحث الاول : في تعريف العقد لغة واصطلاحاً

تعريف العقد لغة :

العقد في اللغة العربية : كلمة تطلق ويراد بها . في اغلب معانيها ،
الربط ، والشد ، والجمع بين شيئين ، كما تطلق ويراد بها احكام الشئ وتقويته ،
والربط في الواقع يتضمن تلك المعاني ، وهو المعنى الاصلى لكلمة " عقد " يقال :
عقدت الحبل عقداً فأنمقد ، اى شدته وتقويته ، او جمعت بين طرفيه ، فقويت
الاتصال بينهما ، واحكمته بالعقد عليها ^(١) ومن هنا قيل : ان العقد حقيقة
في ربط الشئ واحكامه ، وتقويته حسياً سواء كان ذلك بين شيئين اولاً ، وعلى
هذا فاستعمال العقد في الربط والاحكام المعنوي من قبيل المجاز ^(٢) يقال :
عقد العهد والبيع والاجارة ، ونحوها من الالتزامات ، ويراد بذلك اتصال الايجاب
والقبول فيها وتشبيه توافقهما على انشاء اثر ما ، بالربط الحسى بين شيئين ^(٣) ، ومن

(١) المقرئ : المصباح المنير ص ٧١ مادة (عقد) ، الرازى - مختار الصحاح

ص ٤٤٤/٤٤٥ مادة (عقد) الزيات المعجم الوسيط ج ٢/ ٦٢٠ مادة (عقد)

الخفيف - احكام الماملات الشرعية / ٥٤ ، صديق خان - نيل المرام في تفسير

آيات الاحكام / ٢١٧ ، سليمان محمد - ضمان المتلفات ج ١/ ١٧٠ .

(٢) الحقيقة عند اهل اللغة ، هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصلاح التخاطب ،

والمجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب مع قرينة

مانعة ارادة المعنى الاصلى ، لهاشمى - جواهر البلاغة / ٢٩٠/ ٢٩١ . (الراغب - علوم المعاني)

(٣) الفيروزى بادية - القاموس المحيط ج ١/ ٣١٥ .

ذلك قوله تعالى : " ولا تمزقوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " (١) أى لا تمزقوا عقدة النكاح حتى تنتهى المدة ومن ذلك قول الحطيثة :

قوم اذا عقدوا عقدا لجارهم شدوا النماج وشدوا فوقه الكربا (٢)

وقال : عقدت اليمين وعقدت الايمان ، بالتشديد ، تأكيداً على فعل كذا ، اذا أقسم ان يعمله تشبيهاً لاحكام اليمين وتقويتها بالربط المحكم للحبل ونحوه — الاشياء الحسية ، ومن ذلك قوله تعالى : " لا يؤاخذكم الله بالغوفى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان " (٣) أى لا يؤاخذكم الا فيما تمعذتم الحلف عليه على علم (٤) ، وفى هذه الآية دليل على ان الارادة ، اذا استقلت بانشاء التزام لما سعى تصرفها هذا ، عقداً ، فى اللغة العربية ، وذلك ظاهر من تسمية اليمين عقداً ، لما فى العقد من عنق قوى على التقيد به . (٥)

(١) سورة البقرة ، آية رقم (٢٣٥) .

(٢) القرطبي — الجامع لاحكام القرآن ج ١٩١/٢ وما بعدها ج ٣٢/٦ ، وقال فى حاشيته الجامع لاحكام القرآن : النماج خيط او سير يشد فى اسفل الدلو ثم يشد فى عروتها ، والكرب الحبل الذى يشد على الدلو بعد المنين وهو الحبل الاول ، فاذا انقطع المنين بقى الكرب ، وقيل غير هذا ، وهذه امثلة ضربها الحطيثة ليقائهم بالمعهد . انظر — القرطبي — الجامع لاحكام القرآن ج ٣٢/٦ .

(٣) سورة المائدة ، آية رقم (٨٩)

(٤) جاء فى تفسير ، تيسير الكريم الرحمن ، للعلامة عبد الرحمن السعدي ج ١٥٨/٨ " لا يؤاخذكم الله ، أى فى ايمانكم التى صدرت على وجه اللغو ، وهى الايمان التى حلفبها القسم بغير نية ولا قصد ، او عقدها يظن صدق نفسه فبان بخلاف ذلك " ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان " أى بما عزمتم عليه ، وعقدت عليه قلوبكم .

(٥) الفيروز بادى — القاموس المحيط ج ٣١٥/١ التويجى — عقد الكفالة / ١

وقال الهورينى : " الذى صرح به ائمة الاشتقاق ، ان اصل العقد ، نقيض
الحل ، ثم استعمل فى انواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها ، ثم استعمل فى
التصميم والاعتقاد الجازم " (١)

وعلى هذا ، فالالتزام الحاصل بناءً على توافق ارادتين ، او انشاء ارادة واحدة
يسمى عقداً فى اللغة العربية ، من قبيل المجاز لامن قبيل الحقيقة . (٢)

وفى رأى أن العقد يستعمل عند العرب ، فى الاجسام والمعانى ، وهو فهما
حقيقة لا مجاز ، فيقال عقدت العهد والحبل ، وفى هذا يقول القرطبي رحمه الله
عند تفسير قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (٣) : المقصود ،
الربط ، واحد هما ، عقد ، يقال : عقدت العهد ، والحبل ، والعمل ، فهو
يستعمل فى الاجسام والمعانى " (٤)

والذى يهمنا مما سبق ان العقد فى اللغة العربية ، يطلق ويراد به ، فسمى
احد معانيه ، الربط الحاصل بين ارادتين اتفقتا على انشاء تصرفا ، كما يطلق
ويراد به التصرف الصادر من ارادة منفردة ، نادامت هذه الاوادة قد الزمت نفسها

(١) الهورينى - هامش القاموس المحيط ج ٣١٥/١ ، التوجيهى - عقد الكفالة / ٢٨

(٢) الفيروزى - القاموس المحيط ج ٣١٥/١

(٣) سورة المائدة ، آية رقم (١)

(٤) القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ٣٢/٦ .

بهذا التصرف ، سواء كان هذا الالتزام موافقا للشريعة أولا .

وليس مهما بمد ذلك ان يكون العقد حقيقة في الربط ، او الاحكام والتقوية
حسية او معنوية ، او في احدهما دون الآخر ، بل المهم استعمال ذلك فـى
اللغة العربية مجازا ، اكان ذلك ام حقيقة ، ولم يخالف احد فيما اعلم ، في استعمال
المقد في ذلك — والله تعالى اعلم .

تعريف العقد في اصطلاح الفقهاء :

للمقد في اصطلاح الفقهاء ، معنيان

المعنى الاول : جاء في كتاب العناية للبايرتى الحنفى ، ان العقد " تعلق
كلام أحد الماقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل " (١) ونقل ابن نجيم
عن التوضيح ، بأنه " ربط القبول بالايجاب " (٢)

والى قريب من هذين التعريفين عرفه الجرجاني في كتابه التعريفات ، بأنه
" ربط اجزاء التصرف بالايجاب والقبول " (٣) وعرفه ^{فهم} مرشد الحيران بأنه " عبارة
عن ارتباط الايجاب الصادر من احد الماقدين بقبول من الآخر على وجه يثبت
اثره في المعقود عليه " (٤)

وعرفته مجلة الاحكام المدنية بنفس المعنى تقريبا فقالت : " المقد التزام
المتماقدين وتمهدهما امرا ، وهو عبارة عن ارتباط الايجاب والقبول " (٥) ، وعرفه

-
- (١) البابر تى — العناية شرح الهداية ، مطبوع في فتح القدير والهدايتج ٢٤٨/٦
 - (٢) ابن نجيم — البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥/ ٢٨٣ .
 - (٣) الجرجاني — التعريفات ١٣٣ ، التوجيهى — عقد الكفالة ٢ .
 - (٤) محمد قدرى — مرشد الحيران ، مادة رقم (٢٦٢) ، التوجيهى — عقد الكفالة ٢
 - (٥) طائفة من علماء الدولة العثمانية — مجلة الاحكام المدنية ، مادة رقم (١٠٣)

الدسوقى من المالكية " بأنه ، كل ما يتوقع على ايجاب وقبول " (١) وكلها تصرفات متقاربة فى المعنى ، فهى تتفق على ان العقد لا يد فيه من عاقدين ، يصدر من أحدهما ، ايجاب لانشاء تصرفا ، كالبيع ونحوه ، ومن الآخر قبول ، على وجه يظهر اثره فى المحل المتماقد عليه شرعا . ولعل من اجمع هذه التصرفات بهذا المعنى " تصرف الاستاذ الفاضل على الخفيف ، حيث قال : " العقد هو الربط بين كلايين ، او ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين ، على وجه يترتب عليه اثره الشرعى " (٢)

فقله فى هذا التصريف : " الربط بين ^{كلايين} " قيد خرج به ماعدا الكلام ما لا يصلح ، انشاء العقد به وخرج به ايضا الكلامان ، اللذان لا ارتباط بينهما ، بان يخالف أحدهما ما اراد الآخر ، بكلامه ، كأنى يقول البائع مثلا ، بعتك هذه السلعة بألف ، فيقول المشتري : اشتريتها بتسعمائة ، ونحو ذلك . وخرج بهذا القيد ايضا ، كل تصرف مستقل بانشاءه ، ارادة منفردة ، كالطلاق والوقف على غير معين ، اذ ليس فى مثل هذه التصرفات ونحوها ، ربط بين كلايين ، فليس هناك الاكلام واحد هو الكلام الصادر من الجهة التى ارادت انشاء التصرف .

ودخل بقوله : او ما يقوم مقامهما " سائر ما يقوم مقام اللفظ فى ارادة المتماقد عند الفقهاء ، كالفعل والكتابة والاشارة ونحو ذلك ، على خلافيين الفقهاء نفسى صالح هذه الوسائل للتعبير عن الارادة ، وسيأتى الكلام على ذلك مفصلا عند الحديث عن صيغة عقد المارية . (٣)

(١) الدسوقى - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٥ / ٣ / ٥

(٢) الخفيف - احكام للمعاملات الشرعية / ٥٥ / ٥٤ .

(٣) راجع ص من هذه الرسالة .

.....

=

انها التزامات ، تنشأ في الغالب عن توافق ارادتين .
ثانيا : ذهب ابو حنيفة وصاحبه ان التزويج في هذه المسألة ، بين عقود المعاوضات وعقد التزويج فقالوا : يجوز انشاء عقد التزويج بارادة منفردة ، بان يكون الماقد نائبا عن الزوجين ، اما عقد المعاوضة كالبيع ونحوه ، فلا يجوز فيه ذلك ، بل لابد من ارادتين ، لانشاءه . ولكنهم مع هذا ينشئون بعض عقود المعاوضة بارادة منفردة ، في بعض الحالات للضرورة ، مثل بيع الاب او وصية او الجد ، مال الصغير من نفسه ، او شرائه لنفسه ، وكذلك بيع القاضي مال القاصر لقاصر آخر .
ومن أهم الأدلة الدالة على جواز انشاء عقد التزويج بارادة منفردة ، حديث عبد الرحمن بن عوف السابق وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال للرجل : اترضى ان ازوجك فلانة ، فقال : نعم ، وقال للمرأة : اترضى ان ازوجك فلانا فقالت : نعم ، فزوج احدهما بصاحبه * .

حيث دل الحديثان على صحة انشاء هذا العقد ، بارادة منفردة ، وهي ارادة النائب عن الزوجين في ذلك ، ولا يمكن قياس عقد البيع ونحوه ، من العقود على عقد التزويج ، لان حقوق عقد التزويج ترجع الى صاحب الشأن ، والوكيل في هذا المقعد سفير وممير ، بخلاف عقد البيع ونحوه من عقود المعاوضات فان الآثار المترتبة عليها ، راجعة الى الماقد نفسه ، دون صاحب الشأن ، وعلى هذا ، لا يصح في عقد البيع ونحوه ، ان يتولى طرفيه شخص واحد ، ان لا يتصور الواحد ملكا ومتملكا ، طالبا ، ومطالبا في وقت واحد .

ثالثا : ذهب الامام زفر من الاحناف الى عدم انعقاد العقد ، بارادة منفردة ، بلا فرق في ذلك بين عقد المعاوضة كالبيع ونحوه وعقد التزويج .
اما عقد التزويج فلقوله عليه الصلاة والسلام " كل نكاح لم يعضرة أربعة فهو

.....

سفاح ، خاطب ، وولى وشاهدا عدل ، فدل الحديث الشريف ، على ان عقد التزويج لا بد ان يتوفر فيه ، الامور الاربعة المذكورة ولو كان هذا المقدم ما يتم بارادة منفردة ، ما اشترط فيه الخاطب والولى .

وأما عقود المعاوضات كالبيع ونحوه ، فلان حقوق العقد فيها ، راجعة الى الوكيل كما سبق بيان ذلك فكيف يجمع الوكيل بين الطرفين المتناقضين ، اذ لا يتصور ان يكون الواحد ملكا وممتلكا فى آن واحد . والى مثل ما ذهب اليه الامام زفر هنا ، ذهب الشافعية ، فلا ينمقد المقدم عندهم ، بارادة منفردة ، مطلقا سواء ، اكان المقدم عقد تزويج ، او بيع او نحوه ، الا ان الشافعية ، يستثنون من ذلك الولى فى عقد التزويج ، فيجيزون له ، ان يزوجه من فى ولايته لمن فى ولايته ، لمسا فى ذلك من الضرورة ، لان النكاح لا ينمقد الا بولى ، فاذا كان الولى متميئا ، فلو لم يجز نكاح المولى ، لامتنع نكاحها اصلا ، وهذا لا يجوز ، وهذه الضرورة ممتنعة فى الوكيل .

والذى يظهر لى ، ان ما ذهب اليه ابو حنيفة ، وصاحبه ، هو الاولى بالترجيح فهو وسط بين سائر الاقوال فى هذه المسألة تواجه ادلة من غيره .

ويمكن ، ان يناقش من استدل بحديث عبد الرحمن بن عوف ، وما روى من فصل النبى صلى الله عليه وسلم من انشاء عقد النكاح ، بارادة منفردة ، بان ذلك امر خاص بالنكاح ، والاصل ، قصر ماورد على ماورد وقياس عقود المعاوضات ونحوها على النكاح فى ذلك ، قياس مع الفارق ، لما سبق من ان حقوق المقدم فى النكاح ، ترجع لصاحب الشأن ، لان الوكيل فى هذا العقد ، سفير ومعبّر ، بخلاف عقد المعاوضه ، واما من استدل بحديث " كل نكاح لم يحضره اربعة " الحج ، فقد

.....

• اجاب عن ذلك ابن قدامة في المصنف ج ٢٥/٧ فقال : " فان قيل فقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : " كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح ، زوج وولسى وشاهدان " قلنا : هذا (لا) نعلم صحته ، وان صح فهو مخصوص بمن زوج امته ، عبد ، الصغير ، فيخص منه محل النزاع ايضا " •

• ويمكن ان يجاب عنه ايضا ، بان حديث " كل نكاح لم يحضره اربعة - الخ " •
معارض لفعل النبي صلى الله عليه وسلم ولما روى عن عبد الرحمن بن عوف ، فلا بد حينئذ من الجمع ، والتوفيق ويمكن ان يجمع بينهما ، بان حديث : " كل نكاح لم يحضره اربعة - الخ " محمول على ما اذا لم يكن الساقط نائباً عن الزوج والزوجة ، اما اذا كان نائباً عنهما ، فيصح ذلك ، بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وما روى عن عبد الرحمن دون ان ينكر عليه احد من الصحابة ، انظر هذا الذي ذكرناه عن انشاء المقدم بارادة مفردة ، ما يأتي - البهوتي - كشف القناع ٤٧٣/٣ وما بعده - ابن قدامة - المصنف ج ٨٦/٨٤/٥ ، ج ٢٥/٧ ، والخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٧٧/٦ ، قوانين الاحكام الشرعية / ٢٢٤ - الدردير ، والدسوقي - الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣٤٨/٣ ، الكاساني - بدائع الفوائد ج ١٣٣١/٣ وما بعدها ، الشيرازي - المذهب ج ٣٥٩/١ ، البكري - اعانة الطالبين ج ٩١/٣ ، الخطيب - مفتي المحتاج ج ٢٢٤/٢ وما بعدها ج ١٦٣/٣ الرملی نهاية المحتاج ج ٢٤٧/٦ ، سميان - طرق التمييز عن الارادة ١٩ وما بعدها من صفحات •

والمراد بقولنا : " على وجه يترتب عليه اثره الشرعى " ان لا يكون هناك ما يمنع من ترتب الاثر الشرعى — كأن يكون احد العاقدين مجنوناً او ^{صغيراً} مجوراً عليه او نحو ذلك •

هذا هو المعنى الاول ، للمعقد عند الفقهاء ، وهو اكثر ظهوراً فى كتب الاحناف ومضى المالكية كما هو واضح مما سبق ، اما المعنى الثانى : فهو كل التزام ينشأ عنه ، حكم شرعى ، سواء كان هذا الالتزام صادراً من شخصين كما فى البيع ونحوه ، او من شخص واحد ، كما فى الوقف على غير معين ونحو ذلك من التصرفات التى لا يقابلها التزام من طرف آخر • (١)

وهذا المعنى للمعقد منتشر فى كثير من كتب الفقهاء ، وخاصة الحنابلة والشافعية ، وبعض المالكية ، وذلك عند تبينهم للاحكام العامة للمعقود وتفصيلهم لقواعد الاساسية • (٢)

وفىما يلى بعض النصوص الدالة على ذلك ، قال القرطبى من المالكية ، عند تفسير قوله تعالى " يا ايها الذين آمنوا ، اوفوا بالعقود " (٣) قال الحسن : يعنى بذلك عقود الدين ، وهى ما عقد المرء على نفسه ، من بيع وشراء وكراء وما كحة وطلاق ومزارة ومصاحبة وتمليك وتخيير وتدبير وغير ذلك من الامور " ا هـ (٤)

(١) القرطبى — الجامع لاحكام القرآن ج ٦ / ٣٢ ، الجصاص — احكام القرآن ج ٢ / ٢٩٤ وما بعد هـ ، ابن رجب — القواعد فى الفقه الاسلامى ٢٤ / ٢٦٦ ، القاعدة (٥١) ابن تيمية — الفتاوى ج ٩ / ٥٢٩ السيوطى — الاشياء والنظائر ٢٧٨ / ٢٧٩ ، الخفيف — احكام المعاملات الشرعية ٥٦ / ٥٧ ، سبهان — طرق التعبير عن الارادة ٥ / التوجيهى — عقد الكفالة ٣ /

(٢) انظر المراجع السابقة •

(٣) سورة المائدة ، آية رقم (١) •

(٤) القرطبى — الجامع لاحكام القرآن ج ٦ / ٣٢ •

فجعل رحمة الله ، مسمى العقد ، والأعلى ما يتم بتوافق ارادتين كالبيع ونحوه ،
ودالا ايضا على ما يتم بارادة واحدة ، كالطلاق ، والعقود ونحوهما .

وقال الجصاص ، وهو حنفى المذهب عند تفسير الآية السابقة " العقد ما يعقد به
الماقد على امر يفعله هو ، او يعقد على غيره ففعله ، على وجه الزامه اياه
وهذا لانما يتناول ممتلكا منتظرا في المستقبل من الاوقات فيسمى البيع والنكاح ،
والاجاره وسائر عقود المعاوضات ، عقودا ، لان كل واحد منها قد الزم نفسه
التمام عليه ، والوفاء به ، وسعى اليمين على المستقبل عقدا ، لان الحالف قد
الزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل او ترك ، والشركة والمضاربة ونحوها تسمى ايضا
عقودا ، لما وصفنا من اقتضاة الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والممهل
لصاحبه ، والزمه نفسه ، وكذلك العهد والامان ، لان محيطها قد الزم نفسه
الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل
فهو عقد ، وكذلك النذور وايجاب القرب ، وما جرى ذلك " اهـ (١)

وهذا النص يقتض ان الجصاص رحمه الله ، يرى ان العقد ، ما كان فيه
توافق ارادتين كالبيع والنكاح ونحوهما وما استقلت الارادة الواحد في ايجاده ، كاليمين
والنذور ونحوها .

وقال ابن رجب من الحنابلة " والمقود نوعان : احدهما عقود المعاوضات
المحضة ، والثاني : عقود لامعاضة فيها ، كالصدقة والهبة والوصية (٢) " فاطلق

(١) الجصاص - احكام القرآن ج ٢ / ٢٩٤ وما بعدها .

(٢) ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ٢٤ / ٢٦ القاعدة (٥١) وانظر

القواعد النورانية ايضا / ١٠٤ / ١١١ وانظر ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٩ / ٥٠ .

ابن رجب رحمه الله ، على الهبة ، والصدقة ، والوصية ، اسم المقد ، مع انها تصرفات ، تنشأ بالتزام من طرف واحد فقط عند الحنابلة ، وهو المتبرع . (١)

وقال السيوطي من الشافعية " من العقود ما لا يفترق الى الايجاب والقبول لفظا ، كالهبة ، والصدقة ومنها ما لا يفترق اليه اصلا ، بل شرطه عدم الرد كالوقف (٢) فجعل السيوطي رحمه الله ، ما لا يفترق من الالتزامات الى القبول اصلا ، عقدا من العقود ، كالوقف نحوه ، مع انه التزام من طرف واحد فقط ، وخاصة الوقف على غير معين .

واذا تبين المقد بهذا المعنى بما اورده من نصوص عن الفقهاء ، فقد بقي ان نشير الى ان هذا المعنى للمقد ، اقرب الى المعنى اللغوي من سابقة ، ان لا يشترط فيه لتسمية التصرف عقدا ، ان يكون ناتجا عن توافق ارادتين ، بل يكفي ان يكون ناتجا عن تصرف ارادة واحدة ، لنسمى ذلك التصرف عقدا ، كما هو الامر في المعنى اللغوي وقد سبق ان بينا ذلك ، اول هذا ، المبحث . (٣)

وناء على هذا فهو اعم من المعنى السابق ، لان المقد على هذا المعنى شامل لجميع انواع الالتزامات بلا فرق في ذلك بين ما يفترق الى توافق ارادتين كالبيع والاجارة ونحوهما ، وما يكفي فيه التزام ارادة واحدة ، كالطلاق والنذر والمتق

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

(٢) السيوطي - الاشباه والنظائر / ٢٢٨ / ٢٢٩ .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

والابراء ، وسائر التبرعات كالعارية والهبة ، والصدقة ، عند من يرى من الفقهاء ان التبرعات تتم بايجاب المتبرع فقط ، وسيأتي بيان الخلاف في ذلك ان شاء الله . (١)

وعلى هذا فالمعقد بهذا المعنى العام ، مرادف لكلمة " التزام " وهو بهذا لا يزال اخص بلا شك من كلمة " تصرف " لان التصرف ، شامل ، للالتزام وغيره ، فكل التزام تصرف ، وليس كل تصرف التزام ، بدليل ان استهلاك المنافع والاعيان والتفاسع بها ونحو ذلك الوان من التصرف ، وليس في ذلك شئ من الالتزام (٢) والذي يظهر لى . ان تصرف المعقد ، على اساس انه مرادف للالتزام هو الاولى . لتمشى هذا المعنى للمعقد مع ما جاء في القرآن الكريم من جهة ، وما جاء في كتب اللغة من جهة اخرى . (٣) والاصطلاح كلما كان اقرب الى المعنى اللغوى ، كان اولى بالاعتبار وايدل على المقصود ، والله تعالى اعلم .

(١) الحنيف احكام المعاملات الشرعية / ٥٦ / ٥٧ ، وانظر ص من هذه الرسالة

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

القاتل ، او احد اسرته ، ثم عرفا لانسان بعد ذلك اخذ المال ، مقابل التنازل عن اخذ الثأر ، من القاتل او من اسرته ، وهو ما يسمى بالدية فكان الطرفان اذا ، اتفقا على الدية ، ولم يجد المعتدى المال في الحال ، يضع في مقابل ذلك رهنا الى اجل معين ، يتفق عليه الطرفان ، ليدفع الدية عنده .

واذا تبين هذا ، فانه لا يبعد ان يكون الاصل التاريخي للمتعاقد الالتزام هو ما يتفق عليه كل من القاتل ، وولى المقتول ، على منح القاتل فرصة في دفع الدية .

ويرى قوم من العلماء : ان الاصل التاريخي للمتعاقد الالتزامي ، هو اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما . ومهما يكن من الامر فان احدا لا يشك في ان الاديان كان لها اثر كبير في معرفة الانسان ، لسائر الوان الالتزامات ، واحترامها . هذا ولقد مر المقد ، باطوار تاريخيه من حيث الشكل وحرية المتعاقدين وقوة الاعتبار . والحقيقة ان تخليص المقد من التعميدات الشكلية والتي ليس لها صلة بمقتضى المقد ، مظهر من مظاهر الرقي والحضارة الانسانية لدى الانسان . ولقد كان التشريع الاسلامي ، اهم تشريع سبق ، الى تخليص المقد بالفعل من سائر الشكليات ، التي لا فائدة منها ، بعد ان كان ، يهوى بثقلها .

وعلى سبيل المثال ، فان القانون الرُّماني القديم ، كان لا يمتيز طائفة من المقود ، الا بعد ان تمر بحشد من المراسم والشكليات ، التي لا تمت لمقتضى المقد بصلة .

ومن شكليات عقد البيع عندهم ما يسمى : " بالمانسياسيو " وقد يطلق عليه اسم " النحاس والميزان " وذلك نظرا الى انهم كانوا يرون ان من الواجب حمل الميزان عند البيع ، والضرب عليه ، بالنقد والنحاس ، وكانوا يرون من الواجب حضور المبيع في مجلس التعاقد ، وحضوره في مجلس العقد حكم شكلي لا فائدة منه ، ولا علاقة له بمقتضى العقد ، اذ ان الصهم هو معرفة المتماقدين ، ورضاهما باجراء العقد عليه ، وان لم يكن موجودا في مجلس العقد .

ولقد انبنى على قولهم : بوجوب حضور المبيع في مجلس العقد . الحكم بعدم قبول الاموال غير المنقولة كالعقار ونحوه ، للبيع ، والشراء ، لتعذر الاتيان بها في مجلس العقد . (١)

ولما شعر الرومانيون ، بضرورة السماح ، ببيع الاموال غير المنقولة ، وشرائها استبدلوا المظهر ^{الشكلي} السابق ، وهو اشتراط حضور العين المباعة في مجلس العقد ، بمظهر شكلي آخر ، وهو احضار شئ من اجزاء المال غير المنقول ، الذي يراد بيعه الى مجلس العقد ، رمزا لحضوره في المجلس كالمنقولات لماذا كانت الميسن المباعة ارضا مثلا ، ^{التي} بشئ من ترابها في مجلس العقد ، ليرمز الى حضور المبيع في المجلس . وهذا المثال وغيره ، يتضح ان العقد عند الرومان كان خاضعا

(١) الزرقا - المدخل الفقهي المام ج ١/ ٢٩٦/ ٢٩٧ فقرة (١٣٥) ، وانظره

مؤنيه وجيفار الفرنسيسيين - الحقوق الرومانيه

البرازي - الحقوق الرومانيه ج ٢/ ١٥٤ .

لالوان من الشكلية المادية الابتدائية (١) ولم يكن نصيب المقد من الشكلية عند المرب
فى جاهليتهم ، اخفصها هو عند الرومانيين ، ففى عقد البيع مثلا كانت الشكلية شهيمن
على حرية احد المتعاقدين وارادته ، كما فى بيع الماسة وللنايذة ، والمقاة الحجر
فيلزم المقد ، عندما يلزم المشتري للبيع ، او عندما يلحق عليه حجرا ، او عندما
ينبذ البائع الى المشتري (٢) ولما جاء الاسلام هذا التشريع الخالد ، نبذ كل ما
لا علاقة له بمقتضى المقد ، من الشكليات التى لا فائدة منها ، وحرر المقود من
التمقيدات السخيفة ، وجعل العبارة فى المقود للرضا ، لا للشكال والمراسم
ومن هنا كانت القاعدة الاسلامية المشهورة ، (العبارة فى المقود للممانى لا للالفاظ
واللبانى) . فالراجع عند علماء المسلمين ، ان كل مادل على ارادة التعاقد ،
يصلح ان يكون وسيلة لانشاء المقد سواء اكان قولا او فعلا او اشارة ، بلا فرق فى
ذلك بين خسيس الاموال ونفيسها ، كما لم يفرق التشريع الاسلامى ، فى البيع
بين المنقول وغيره ، ولا بين حضور المبيع وغيابه . (٣)

والمهم ان التشريع الاسلامى لايهتم بالشكل الا اذا كان له علاقة وثيقة ، بمقصد
المقد وقيامته ، وذلك كما فى اشتراط القبض ، فى عقد التبرع او الرهن ، او كان
الشكل مما يطلب به تحقيق مصلحة مهمة ذات بال ، كما فى اشتراط الشهود لصحة
عقد النكاح ، اذ لو جاز عقد بدون اعلان ، واشهاد ، لما تميز النكاح عن السفاح ،

(١) المراجع السابقة .

(٢) الزرقا - المدخل الفقهى العام ج ١ / ٢٩٨ فقره (١٣٥) .

(٣) المرجع السابق ، وانظر ، السيوطى - الاشياء والنظائر ١٦٦ ، حيدر -

درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ١ / ١٨ مادة (٣) . وانظر ص من هذه الرسالة .

لعدم وجود ما يدل عليه . (١)

ويجدر بي أن اشير في نهاية هذا المبحث ، الى ان الاسلام ، لم يغفل
ايضا عقود الصفار والمميزين والارقاء ، حيث صححها متى ما اذن لهم الاولياء ، او
الموالى ، بالتصرف ، كما انصف المرأة ، ذلك المخلوق الذي عاش وحدها من الزمن ،
وهو محروم من اكثر حقوقه ، فجاء الاسلام ليمنحها حرية التعاقد في الجملة ويسوى
بينها وبين الرجل في ذلك .

وخلاصة القول ، ان التشريع الاسلامي ، قد سبق سائر التشريعات ، في
الفاء جميع الشكليات التي ليس لها مساس بمقتضى العقد وغايته ، حيث لا يمسرف
تشريع سبقه في هذا المضمار . (٢) والله تعالى اعلم .

(١) انظر المراجع السابقة ، وابن تيمية - الفتاوى ٣/ ٢٧٠/ ٢٧١ .

(٢) الزرقا - المدخل الفقهي العام ج ١/ ٢٩٩ ، فقرة (١٣٦) .

” الفصل الثاني : في اركان المقد ، واقسامه ”

المبحث الاول : في اركان المقد

المبحث الثاني : في اقسام المقد

المبحث الاول : فى اركان العقـ

الركن فى اللغة العربية ، اقوى جوانب الشئ واصليها ، قال الفيروزى :
فى القاموس المحيط : " ركن اليه كنصر وعلم ، مال وسكن ، والركن بالضم الجانب
الاقوى (١) .

واما الفقهاء ، فلهم فى الركن اصطلاحان :

الاصطلاح الاول : ان الركن " ما لا بد للشئ منه فى وجود صورته عقلا ، اما
لدخوله فى حقيقته او اختصاصه به ، فخرج الشرط ، فانه لا بد منه فى وجود صورته
شرعا ، الزمان والثبات نسبا " والى هذا الاصطلاح ذهب جمهور الفقهاء
من الشافعية والمالكية والحنابلة (٢) .

الاصطلاح الثانى : ان الركن ، ما توقع عليه وجود الشئ وكان جزءا منه وداخلا
فى تركيبه اما ما يتوقف وجود الشئ عليه ، ولكنه لا يكون جزءا منه ولا داخلا فى

(١) الفيروزى - القاموس المحيط ج ٢٢٩/٤ ، مادة (ركن) ، المقرئ -

المصباح المنير/ ٢٥٥ مادة (ركن) الزيات - المصمم الوسيط ج ٣٧١/١
وما بعدها ، مادة (ركن) .

(٢) الرملى - حاشية الرملى على اسن المطالب ، مطبوع بهامش الاسنى ج ٢/٢ ،
الخطيب مفتي المحتاج ج ٣/٢ ، القرانى - الفرق ج ٨٢/٢ وما بعدها
الفرق (٢٠) الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ١٩٦/٢ ،
البهوتى - منتهى الارادات ج ١٤٠/٢ ، حسين حامد - المدخل لدراسة
الفقه الاسلامى ٢٣٩ ، الزرقا - المدخل الفقهى الماتى ٣٠٠/١ وما بعدها
فقرة (١٢٨) .

(٣) رملى - اصول الفقه ج ١٦/١ ، الفيروزى - كتاب الاسانيد ج ٢٤٥/٣٤٤

ابن ابي عمير - مدخل الفقه ج ٢٤٤/٣ ، ابن ابي عمير - ابحاث ج ٨٠/٣

ج ٢٨٣ ، ٤٠٨/٥ ، الزرقا - المصالح الفقهية الماتى ٣٠٠/١ ، وما بعدها

فقرة (١٢٨) (١٤١) حسين حامد - مدخل لدراسة الفقه الاسلامى ٢٣١ -

تركيبه ، فهو المصطلح على هذا الاصطلاح ، وإلى هذا ذهب الاحناف . (١)
ولقد انتهى على هذا الخلاف الاصطلاحى بين الجمهور والاحناف الخلاف
بينهم في عدد اركان المقد ، فذهب الجمهور الى ان اركانه أربعة والصيغة ،
والمقادان وحل المقد ، لان المقد ، يتوقف وجوده على هذه الأربعة فبغض
النظر عما يدخل منها في ماهيته ، او ما لا يدخل منها .

وبعد هذا الاتجاه واضحاً في كتب المالكية والشافعية ، والحنابلة وعند
كلامهم على اركان اى عقد من العقود . (٢)

اما الاحناف فذهبوا الى ان للمقد ^{ركناً} ركن واحد ، هو الصيغة فقط ، ونظروا
الى انها الركن الوحيد الذى يتوقف المقد عليه ودخل في ماهيته .

واما المقادان والحل فهما ، وان توقف المقد عليهما ، الا انهما غير
داخلين في ماهيته ، فيطبق عليهما في هذه الحالة ، تعريف الشرط عندهم ،
لا تعريف الركن .

فالمقادان ، والحل اذن مشروط في المقد ، عند الاحناف ، لا اركان
فيه ، كما هو الامر عند الجمهور وهذا ، ما يتشعب مع تعريفهم للركن والشرط
كما هو واضح مما سبق . (٣)

- (١) السرخسي - اصول الشريعة ج ١٢/٢ ، البزدوى - كشف الاسوار ج ٣/٣٤٤/
٣٤٥ ابن الهمام - فتح القدير ج ٦/٢٤٨ ابن نجيم - البحر الرائق ج ٣/٨٧
ج ٥/٢٧٨/٢٨٣ - الرزقا - المدخل القمى المام ج ١/٣٠٠ وما بعدها ، فقرة
(١٣٨) (١٤١) حين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ٢٣٩ .
(٢) الدردير والدسوقي - الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٢/١٩٦ ، الانطوى
والرملي - اسنى المطالب وحاشية الرملى عليه ج ٢/٢/٣ ، البهوتى كشاف القناع
ج ٣/١٤٦ .
(٣) انظر من هذه الرسالة ، وانظر الكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب
الشرائع ٣٨٩٧ ، نظام - الفتاوى الهندية ج ٤/٣٦٣ .

والواقع ان الخلافيين الاحناف والجمهور في تعريف الركن ، خلاف لقطبي نظري ، لا يبنى عليه خلاف في المجال العملي ، لان الكل ، متفقون ، على ان الصيغة ، تستلزم وجود الماقدين والمحل وهذا اهم جوانب المسألة ، وماعدا ذلك من كون البعض يرى ان الماقدين والمحل اركان في المقد ، والبعض يراهم شروطا فيه ، فلا يحدو عن كونه مجرد اصطلاح فقط ، ولا مشاখে في الاصطلاح عند الفقهاء . . .

اذا تبين هذا ، فان كلامنا في الصيغة ، والماقدين ، والمحل ، لها في الفقه الاسلامي ، احكام وشروط ، منها ما هو محل وفاق بين الفقهاء ، ومنها ما هو مختلف فيه ، وسأحاول بيان ذلك ان شاء الله عند الكلام على اركان عقد المارية فالكلام على اركان اى عقد من العقود ، يعنى في الجملة ، عن تفصيل اركانها جميعا ، لاشترك سائر العقود في اغلب الاحكام ، ومن هنا نشأ ما يسمى بنظرية المقد . (١)

والله اعلم

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

المبحث الثاني : في اقسام العقود

للمقد في الفقه الاسلامي اقسام كثيرة ، باعتبارات مختلفة ، وسأقتصر في هذه الرسالة ، على ما كان مهما منها متوخيا الاجاز فيما سأكتبه ، عن هذا الموضوع ما استطعت الى ذلك سبيلا ، فالتوسع فيه ، امر زيا كان خروجاً ، عن موضوع الرسالة ، التي نحن بصدد ها ، ومن أهم تلك التقسيمات ما يلي :

أولاً : تقسيم العقود ، بالنظر الى المشروعية وعدمها :

تنقسم العقود بهذا الاعتبار ، حسب الاستقراء ، الى قسمين ، عقود مشروعة ، وعقود ممنوعة .

فالعقود المشروعة : هي العقود التي اجازت الشريعة الاسلامية التماثل بها ، فلم تمنع في انشائها ، وذلك كمقد البيع والاجارة ، والمارة ونحوها ، اذا وقعت على وفق ما جاء به الشرع الشريف ، دون ان يخالف الماقد في انشائها ، حكماً شرعياً ، او مبدئاً عاماً من مبادئ الشريعة . (١)

وأما العقود الممنوعة : فهي العقود التي نهى الشارع الحكيم عن انشائها ، وذلك كمقد بيع الاجنة في بطون امهاتها ، وبيع الملاقح والمضامين (٢) . وقد كانت هذه

(١) الزيلعي - تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٣ / ٢ / ٤ ج ١٠٥ / ٥ ، داما دافندی - مجمع الانهرج ٣٤٦ / ٢ شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٢ / ٥ ج ١٢٢ / ٦ ، الصاوي - بلفه السالك ج ٢ / ٢٦٣ ، الانصاري اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٢ / ٣٢٤ / ٤٠٤ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ١٤٥ / ٤٦٦ ج ٤ / ٦٢ ، الزرقا - المدخل الفقهي العام ج ١ / ٥٢٣ فقره (٢٩٦) .

(٢) يراجع بيع الملاقح ، بيع ما ستحل به اناث الحيوان ، ويراد ببيع المضامين بيع ما سيتولد من فحول الحيوان انظر فتح هذا ، الحصكفي - الدار المختار مطبوع بها مشحاشية بن عابدين عليه ج ٤ / ١٠٢ ، الزرقا المدخل الفقهي العام ج ١ / ٥٢٣ ، فقره (٢٩٦) في الحاشية .

المعقود مفسر ^{في غير} المرب في جاهليتهم فلما جاء الاسلام منعها لما في ذلك من الجهالة بحال المبيع .

وينتج عن كون المعقد غير مشروع ، في نظر الشارع الحكيم ، بطلانه لافتقاره الى احد شروط الانعقاد وهو المشروعية (١) .

ثانيا : تقسيم المعقود من حيث الصحة وعدمها :

للفقهاء في تقسيم المعقود بهذا الاعتبار ، رأيان .

أحدهما : ان المعقد ينقسم بهذا الاعتبار ، الى صحيح ، واطل ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، وقد يطلقون ، الفساد على المعقد ، ويريدون به البطلان (٢) والمراد بالمعقد الصحيح عندهم : ما كان مستكملا لجميع اركانه وسائر شروطه وصفاته بحيث يترتب عليه اثره الشرعي (٣) .

أما المعقد الباطل ، او الفاسد عندهم : فهو ما عدا المعقد الصحيح مما لا يترتب عليه آثاره ، لسبب من الاسباب ، سواء كان ذلك السبب راجعا ، الى شيء من اركانه ، او الى شيء من اوصافه الشرعية . وامثلة ذلك كثيرة ، منها مخالفة الاجاب للقبول ، او كون احد الماقدين عديم التمييز ، او كون محل المعقد معدوما ، او كان المعقد مشتملا على الربا او الفرر ، او نحو ذلك .

(١) الكاساني - بدائع الضائع ج / ٢٩٩٢/٦ وما بعدها ، ابن جزى - قوانين

الاحكام الشرعية / ٢٧٢ الشيرازي - المذهب ج / ٢٦٩/١ ، البهوتي -

كشف القناع ج / ١٦٦/٣ اصول السرخصي ج / ٨٠/١

(٢) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٢٧١/٢٧٢/٢٨٦ ، حاشية الدسوقي

على الشرح الكبير ج / ٤٨/٣ القراني - الفروق ج / ٨٢/٨٣ الفروق (٧٠)

الارويلي - الانوار لاعمال الابراج / ٣٠٤/١ وما بعدها من صفحات ، حاشية

البناني على جميع الجوامع / ١٠٥/١٠٢ ، البهوتي - كشف القناع

ج / ١٤٩/٣ ، وما بعدها من صفحات ، الشنقيطي - مذكرة اصول الفقه

شرح روضة الناظر ٤٥/٤٦ حسين حامد - المدخل لدراسة الفقهاء لاسلام / ٢٤٩

وما بعدها .

فكلما تخلفركن من اركان العقد او شرط من شروطه ، او اقترن به وصف
نهى الشارع عنه فهو باطل عند جمهور الفقهاء ، فالبطلان والفساد عندهم لفظان
مترادفان . (١)

أما الرأي الثاني : فعلى ان العقد ينقسم من حيث الصحة وعدمها ، الى صحيح
وفاسد ، وباطل ، والى هذا التقسيم ذهب الاحناف (٢)
والمراد بالعقد الصحيح عندهم : ما شرع باصله ووصفه ، بان كان مستوفيا لركنه وجميع
شروطه التى امرت بها الشريعة الاسلامية ، دون ان يتصل به وصف يقتضى نهى الشارع
عنه ، كالبها او الفرر ، ونحو ذلك . (٣)

وهذا يتضح ان الاحناف يتفقون مع الجمهور ، فيما يراد بالعقد الصحيح .
وأما العقد الفاسد : فهو ما شرع باصله دون وضفه ، ويقصدون ، بأصل العقد ،
ركنه ، وما يتعلق به من شروط الانعقاد ، ويقصدون بالوصف الامور التى تقتضى
بالعقد ، فيقتضى ذلك نهى الشارع عنه لاجلها . (٤) وامثله العقد الفاسد كتيقير
منها عقد البيع المشتمل على الربا ، فهو مشروع الاصل من حيث كونه بيعا مستوفيا
لركنه وهو الايجاب والقبول ، مشتملا على شروط الانعقاد من عاقلين ومحل ، غير

-
- (١) المراجع السابقة .
(٢) الكاسانى - بدائع الضائع ج ٧ / ٣٢٢٣ / ٣٣٧٧ ، اما داندى - مجمع
الانهر شرملى الابرج ٥٣ / ٢ .
(٣) المرجعين السابقين ، وانظر ، ابن الهمام ، والبايرتى - فتح القدير ،
والعناية على الهداية ج ٦ / ٤٠١ / ٤٠٢ .
(٤) المراجع السابقة ، وانظر اصول السرخصى ج ١ / ٨٩ / ٩٠ ، حسين حامد -
المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ٤٤٠ .

انه ، اتصل بن وصف ، ينهى الشارح عنه ، وهو الزيادة المحرمة في احد الموضيعة
منها على ذلك فهو عقد مشروع باصله ، دون وصفه .

وحكم هذا القسم ، عند الاحناف ، ثبوت الملك به ، بعد القبض ، وان كان
ملكا ناتجا عن عقد يجب قسحه ، دفعا للفساد ، اما قبل القبض ، فلا يفيد ملكا ،
ولا ينتج حقوقا ، ولا يفرض التزامات . (١)

واما الباطل عند الاحناف : فهو ما لم يشرع باصله ولا بوصفه ، بحيث يكون الخلل
فيه - قد تطرق الى ركته ، وهو الصيغة من ايجاب وقبول ، او الى احد شروط
انعقاده . (٢)

والجمهور لا يخالفون في تسمية ، هذا النوع بالباطل ، كما يندو ذلك
واضحا مما جاء في البراد ، بالباطل عندهم قبل قليل . (٣) ، الا انهم يخالفون
فيما يسميه الاحناف ، بالفساد ، حيث يعتبره الجمهور من قبيل الباطل ، ويعتبره
الاحناف من منزله بين الصحيح والباطل .

فالخلافان ، بين جمهور الفقهاء ، والاحناف ، يتركز في العقد المنهى عنه
لصفته الملازمة له ، الجمهور يعتبرونه عقدا باطلا لا اثر له ، والاحناف يعتبرونه ،

(١) المراجع السابقة .

(٢) داما دافندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج ٥٣/٢ ، اصول
المرخس ج ٨٠/١ وما بعدها ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه
الاسلامي ٤٤٠ - الزرقا - المدخل القمى الماي ٦٤٣/٢ وما بعدها
من صفحات ، فقره (٣٤٢) .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

فاسدا يثبت به الملك بالقبض .

ومن ابرز ، ما استدله به الاحناف فيما يظهر لى : ان النهى عن الشئ ، لصفته الملازمة له ، لا لميئه يدل على صحته دون الصفة . لان النهى يوجب الانتها ، وانما يتحقق الانتها عن شئ ، والمعدوم ليس بشئ . فكان من ضرورة صحة النهى ، موجبا للانتها ، كون المنهى عنه مشروعا فى الوقت ، فكيف يستقيم ان يجعل المنهى عنه غير مشروع بحكم النهى ، بعد ما كان مشروعا (١)

" فالمقدور ^{عنه} تخلف صفته الملازمة عقد مشروع باصله وسائر مقوماته موجب لحكمه ، لان المشروع ايجاب وقبول من اهله فى محله ، وبالنهى عنه لصفته لا يختل شئ من ذلك " لان المنهى وان كان قبيحا لذاته الا ان النهى هنا عن المقدور ^{عنه} بالوصف دون الاصل ، فيجب العمل بمقتضى الاصلين ، فيكون صحيحا باصله لمشروعيته فاسدا بوصفه لقبه . (٢)

وذلك كمقدور البيع الفاسد مثلا ، لتخلف صفته الملازمة له ، حيث يمتنع بيعا معتقدا ، فيفيد الملك فى الجملة ، بالقبض استدلالا بسائر البياعات المشروعة ، والدليل على انه بيع ، ان البيع ، فى عرفنا ^{المشروع} ^{مما ذكر} مال يتقوم بمال متقوم ، وقد وجد ذلك بفض النظر عن الصفة التى اوجبت فسادا . (٣)

(١) اصول الصرخى ج ١ / ٨٥ .

(٢) المرجع السابق ج ١ / ٨٥ وما بعدها من صفحات ، بشئ من التصرف .

(٣) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٤ / ٦٣ .

ويمكن ان يرد على ما استدل به الاحناف : " بأن الشرعى ليس بمعناه المعتبر حتى يمكن ان يستدل بمشروعية اصل المقد على صحتهم صفته ، ان الشرعى قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا . والدليل على ان الشرعى المنهى عنه ، ليس هو الصحيح المعتبر ، قوله صلى الله عليه وسلم للحائض : " دعى الصلاة أيام اقراك " (١) فالصلاة المنهى عنها هنا هى الصلاة الشرعية ، لان اللغو لا ينهى عنها ، وهذه الصلاة المأمور بتركها فاسدة غير معتبرة فى نظر الشرع ، وايضا لو كان المراد بالنهى الشرعى الذى يعتبر بمعناه بحسب عرف الشرع ، لزم دخول الوضوء ، وغيره من الشرائط ، فى معنى الصلاة الشرعية ، لان كونها شرعية انما يتحقق عند اجتماع شرائطها " (٢)

" ثم اصلهم المستقر ان المنهى عنه قبيح شرعا ، والاصل ان يكون القبح قائما بالمنهى عنه ، الى ان يثبت بدليل انه منصرف الى غيره ، لان الكمال فى صفته القبح ، ان يكون المنهى عنه لافى غيره ، فجعلهم النهى ، راجعا الى الوصف دون الاصل ، خروجه عن الاصل ."

(١) هذا الحديث ، أخرجه البخارى ومسلم ، من حديث عائشة رضى الله عنها ، ولغز البخارى " قالت فاطمة بنت ابى حبيش لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله انى لا اظهر ، افأدع الصلاة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما ذلك عرق وليس بالحیضة ، فاذا اقبلت الحيضة ، فاتركى الصلاة — الخ وقال الهيثمى رواه الامام احمد من طريق عروة ولم ينسبه ، وذلك بلفظ " دعى الصلاة أيام حيضك " وعند الامام مسلم " فدعى الصلاة " ج / ١ / ٢٨٢ ، الهيثمى — مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج / ١ / ٢٨٠ ، صحيح البخارى ج / ١ / ٥٧ / ٥٨ صحيح مسلم ج / ١ / ١٨٠ الشوكانى — نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ١ / ٣٤٨ .

(٢) الملاى — تحقيق المراد فى النهى يقتضى الفساد ١٨٥ بشى من التصرف

« هذا ما صرحوا به في كتبهم » فعلى هذا يقال : جميع المناهى التى حكموا فيها بفساد الوصف دون الاصل وجعلوا النهى : راجعا الى الوصف ولم يرد النهى فيها من الشارع . الا على ذات الاصل ، كنهيه عن صوم يوم العيد (١) وعن بيع وشرطه . (٢) ونحو ذلك ، فلم يرد النهى عن الوصف خاصة ، الا ان يكون نادرا ، فيكون جعلهم النهى فى هذه كلها راجعا الى الوصف دون الاصل مجازا والاصل خلافه ، الى ان يثبت ذلك بدليل ولم يثبت من السنة ، ولا من اجماع الامة ، ما يقتضى هذه القاعدة اصلا ، بل ثبت فى الحديث خلافها اذ لم يصحح النبى صلى الله عليه وسلم ، العقد المشتمل على الزيادة الربوية فى القدر المساوى ، ويبطله فى القدر الزائد ، ولم يبين للمسلمين ، بان العقد يصح فى القدر المساوى دون غيره ، بل ابطال البيع بالكلية ، فلو كان الشرع يقتضى ، تصحيح العقد على الوجه الذى ذكره ، لكان فى هذه الصورة وامثالها ، تأخير

- (١) جاء فى مجمع الزوائد : « عن ابن عباس قال شهد عندى رجال مريضون وارضاهم عندى عمر ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم الفطر يوم النحر — قلت : حديث عمر فى الصحيح وحده ، رواه الطبرانى فى الاوسط ، وفيه حجاج بن نصير ، وثقة ابن حبان ، وقال يخطئ » وضعفه جماعة » هـ ١ الا ان الطبرانى روى فى الكبير حديث النهى عن صيام ايام التشريق باسناد حسن كما رواه احمد والبخارى ، ورجال الجميع رجال الصحيح . انظر — الهيثمى — مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٣ / ٢٠٢ / ٢٠٣ / ٢٠٤ .
- (٢) حديث النهى عن بيع وشرط ، أخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير ، ورجال الصحيح ، وعزاء فى الاطراف الى النساءى ، قال الهيثمى ولم اره فى الصغرى انظر — الهيثمى — مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ٤ / ٨٦ ، الزيلعى — نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١٧

البيان عن وقت الحاجة ، حيث لم يثبت انه بين ذلك اصلا ، وكونه مشروعا ولم يبينه
امو لا يمكن تصويره اطلاقا " . (١) وبناء على هذا ، فالذى يظهر لى ما سبق ،
ان الراجع ، هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من اعتبار المنهى عنه لصفته ، او
لامر خارج عنه لازم له ، من قبيل الباطل ، الذى لا اثر له .

د وعليه ، فان المقدد بهذا الاعتبار قسما ، صحيح ، وباطل ، ولا منزلة
بينهما . ويمكن ان يستدل على ان النهى عن المسمى يقتضى البطلان ، سواء كان
النهى لمين النهى عنه ، او لصفته او لامر خارج عنه لازم له ، بما يلى :

أولا : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : " من عمل عملا ليس عليه امرنا
فهو رد " (٢) حيث دل الحديث الشريف على ان جميع ، مالمس على امر الشارع
الحكيم ، فهو رد ، أى مردود . واذا نهى الشارع عن شئ " دل ذلك على ان -
النهى عنه ، على غير امره بلا شك ، ان لو كان على امره لما نهى عنه ، فالمنهى
عنه ليس مأورا به قطعا ، لاستحالة ذلك ، ثم انه لا معنى للحكم بان المنهى عنه
مردود من قبل الشرع الا كونه باطلا لا اثر له ، فمشروعيته اذن ، معدومة أصلا ،
وبالتالى ، فلا يترتب عليه شئ " من اثار العمل المشروع . (٣)

ثالثا : تواتر عن جمع من الصحابة رضوان الله عليهم من وجوه عديدة ، انه هم

-
- (١) الملاى - تحقيق المراد فى ان النهى يقتضى الفساد / ١٩٣ وما بعدها .
(٢) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم بن الحجاج فى صحيحه ، فى كتاب
الافضية ، من حديث عائشة رضى الله عنها . انظر صحيح مسلج / ٥ / ١٣٢ .
(٣) الشوكانى - ارشاد الفحول / ١١١ - الملاى / تحقيق المراد فى ان النهى يقتضى
الفساد / ١١١ .

كانوا ، يستدلون بالنهي على بطلان النهي عنه ، فمن ذلك قول ابن عمر رضى الله عنه : " كنا بخابر ^(١) ولا نرى في ذلك بأسا ، حتى زعم رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها ، فتركناها . " ^(٢) وفي مصنف ابن ابي شيبة عن حبيب بن ابي ثابت ، قال : كنت جالسا مع ابن عباس رضى الله عنهما : فمضى المسجد الحرام ، فاتاه رجل فقال : انا تأخذ الارض من الدهاقين . ^(٣) فاعتلها بيدي ويقرى ، فأخذ حتى واعطيه حقه ، فقال له : خذ مالك ولا ترد عليه شيئا ، واستدل بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة . ^(٤)

-
- (١) المخابرة : " قيل هي المزارعة على نصيب ممين ، كالثلث والربع ، وغيرهما ، والخبرة ، النصيب ، قيل هو ، من الخبار ، الارض اللينة ، وقيل لصل المخابرة من خير لان النبي صلى الله عليه وسلم اقرها في ايدي اهلها على التصنف من محصولها ، فقيل خابره ، اي عاملهم في خير " انظر في هذا ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاثار - ج ١ / ٢٨٠ ، مادة (خير) .
- (٢) اخن الامام مسلم هذا الحديث من طريقين ، الطريق الاول عن رافع بن خديج والطريق الثاني عن جابر ، انظر - الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهدايح / ٤ / ١٨٠ ، الشوكاني - نبيل الاوطار لاحاديث سيد الاخير / ٦ / ١٥ صحى الامام مسلم ج ٥ / ٢١٠ .
- (٣) الدهاقين ، جمع دهقان ، ويجمع على دهاقنه ، والمراد به في اللفظ المربية ، رئيس القرية ، ورئيس الاقليم انظر في هذا الزيات - المعجم الوسيط ج ١ / ٣٠٠ ، مادة (دهوق) .
- (٤) سبق ان حديث النهي عن المخابرة ، اخرجه الامام مسلم ، انظر ...

ومن ذلك ايضا استدلال ابن عمر رضى الله عنهما ، على بطلان نكاح

الكتابية ، بقوله تعالى : " ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن " (١)

ومنه استدلال ، عبادة بن الصامت على بطلان بيع الذهب بالفضة ، نسيئة

بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، ومن هنا انكر على معاوية بيع الذهب بالفضة ، (٢) ولما عرف الناس يؤمن ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، ردوا ببياعاتهم ، التى امضوها على هذا الوجه . (٣)

ولما باع غلام لممر بن عبد الله رضى الله عنه شيئا من الحنطة بشئ من الشمير نسيئة ، انكر عليه ذلك وامر برده ، مستدلا بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل " (٤) هذا بعض ماورد عن الصحابة رضوان الله عليهم ، فى الاستدلال بالنهى على البطلان ، وهو قليل من كثير ، ولو اردنا ذكر جميع ما اثر عنهم فى ذلك ، لظال بنا البحث .

والمهم ان تلك الاثار بمجموعها ، تؤكد لنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم ، على ان النهى يقتضى البطلان ، اذ مع كثرة الاثار التى رويت عنهم

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٢١ ، انظر - الطبرى - جامع البيان ٣٦٢/٤ ،

القرطبي الجامع لاحكام القرآن ج ٣ / ٦٧ / ٦٨ .

(٢) - وذلك نظرا لما فيها من شبهة الرأى لاجتماعهما فى صفة القدر ، انظر -

السلقينى - حاشية تحقيق المراد / ١٢٢ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الامام مسلم فى كتاب البيوع من حديث الاشعث عن عبادة

بن الصامت والحديث له قصة ذكرها الامام مسلم فى صحيحه . انظر صحيح مسلم ج ٥ / ٤٣ .

(٤) هذا الحديث أخرجه الامام مسلم فى كتاب البيوع ، انظر صحيح مسلم ج ٥ / ٤٧

فى ذلك ، لم ينقل عن احد منهم خلاقه ، ولو خالف احد منهم لنقل نقلا شائما
ولما تصور احواله ، والفعله عنه ، فمثل هذا الامر فى الاهمية يستبعد عدم نقل
الخلافه . (١)

واذا ثبت بهذا ان الصحابة رضوان الله عليهم ، قد فهموا من النهى
بطلان المنهى عنه ، واجمعوا على ذلك ، وهم ارباب الفصاحة ، وادرى الناس
بعد النبى صلى الله عليه وسلم ، باسرار الشريعة ومقاصدها ، فان اجماعهم
على ذلك ، لمن اقوى الادلة ، على ان الحق فيما ذهبوا اليه .

ثالثا : « انه لو لم يفسد المنهى عنه بمقتضى النهى ، للزم من نفيه حكمة يدل عليها^{المنهى}
ومن ثبوته حكمة تدل عليها الصحة ، واللازم باطل ، لان الحكيم ان كان
متساويتين ، تمارستا وتساقتتا ، فكان فعله : كلا فعل وامتنع النهى عنه لخلوه
عن الحكمة ، وان كانت حكمة النهى مرجوجه ، فأولى لقوات الزائد من مصلحة
الصحة ، وهى مصلحة خالصة ، وان كانت راجحه ، امتنعت الصحة لخلوه عن
المصلحة ايضا ، بل لقوات قدر الرجحان من مصلحة النهى . (٢)

وما تجد الاشارة اليه ، ان المناقشات بين الجمهور ، والاحناف ، فى
الفرق بين الباطل والفاسد كثيرة وطويلة ، وانما ذكرت طرفا منها ، وهو من اهم
ما ذكر فيما يظهر لى ، وعليه اقتضت ، ان لو اردت ذكر جميع ما استدل به ،
للفريقين ومناقشة كل دليل ، والجواب عن ذلك ، لطال بنا البحث ولتشعب الموضوع

(١) الملاى - تحقيق المراد فى ان النهى يقتضى الفساد / ١٢٠ وما بعد ها
من صفحات .

(٢) الشوكانى - ارشاد الفحول / ١١٠ الملاى - تحقيق المراد فى ان النهى
يقتضى الفساد ١٣١ وما بعد ها .

ولربما كان في ذلك شيء من الخروج عما نحن بصدده ، ومن اراد زيادة تفصيل في هذا الموضوع ، فليراجع كتب النهي في اصول الفقه ، وكلام الاحناف على البيع الفاسد وكلامهم على الاكراه في العقود القابلة للفسخ ، ولعل من احسن من فضل في هذا الموضوع ، تفصيلا دقيقا ، فأشبعه بحثا ومناقشة ، صلاح الدين الملايى الشافعى رحمه الله في كتابه ، تحقيق المراد في ان النهي يقتضى الفساد ، والله تعالى اعلم .

ثالثا : تقسيم العقود من حيث النفاذ وعدمه :

ينقسم العقد الصحيح بهذا الاعتبار الى قسمين ، نافذ ، وموقوف .
فالعقد النافذ : هو ذلك العقد الذى توافرت فيه جميع اركانه ، وسائر شروطه ، بحيث يترتب عليه اثره فى الحال ، دون ان يحول " عن ترتيب ما يمنع من ذلك " (١) .

لما العقد الموقوف : " فهو عقد توافرت فيه شروط الانعقاد ، والصحة ، فكان صالحا لترتب آثاره عليه غير ان هذه الآثار قد تراخت عنه الى صدور الاجازة من تقرر الوقف لصالحه ، فاذا لم تصدر هذه الاجازة ، اعتبر العقد كأن لم يكن " (٢) .
وذلك كما اذا كان الماقد غير مالك لما تصرف فيه ، ولا وليا شرعيا فى ذلك ولا وكيل عن المالك ، وهو مايسى عند الفقهاء ، بالفضولى ، فاذا تصرف من هذا

-
- (١) حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامى / ٤٤٦ ، الزرقا - المدخل الفقهى العام / ١/ ٤١٨ وما بعدها فقره (١٩٤) ، ص ٥٧٧ ، فقرة (٣٠٠) ، الكاسانى - بدائع الصنائع / ٣٢٢٣/٧ .
(٢) المراجع السابقة ، وانظر ، الكاسانى - بدائع الصنائع / ٣٠١٩/٦ وما بعدها من صفحات .

شأنه في مال غيره ، فتصرفه صحيح موقوف على اجازة المالك للمال . (١)

وما تجدر الاشارة اليه ، ان هذا التقسيم للعقد ، مختلف فيه . بين الفقهاء
ولهم قولان ، في ذلك :

القول الاول : ان العقد الصحيح ينقسم الى نافذ ، وموقوف كما سبق بيان ذلك ،
والى هذا ذهب الاحناف ، وبعض الشافعية والحنابلة . (٢) واليه ذهب المالكية ،
الا انهم يفرقون بين عقود المماوضات وعقود التبرعات في هذا الامر ، حيث يخصون
عقود المماوضات ، بهذا التقسيم دون غيرها . (٣)

القول الثاني : ان العقد ، اما صحيح نافذ ، او باطل لا اثر له ، ومن هنا فاصحاب
هذا القول لا يقولون بانقسام العقد الى صحيح نافذ ، وصحيح موقوف ، كما
ذهب الى ذلك اصحاب القول الاول .

وعليه فان ما يسمى بالعقد الموقوف عند غيرهم ، من قبيل العقد ، الباطل ،
ولهذا فان تصرفات الفضولى عندهم باطلة لا اثر لها ، والى هذا ذهب الشافعية
والحنابلة في احدى الروايتين عنهما . (٤) وسيأتى عند الكلام على اشتراط ملك

(١) المراجع السابقة .

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٣٠١٩/٦ وما بعدها من صفحات ج ٣٢٢٣/٧

ابن عابدين ، والحصكفي - رد المحتار مع الدر المختار ج ١٣٤/٤ وما بعدها
من صفحات ، السيوطي - الاشياء والنظائر / ٢٨٥ وما بعدها - المرداوي -
الانصاف ج ٢٨٣/٤ ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٤٤٥
وما بعدها .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣٨٨/٣ وما بعدها ، النفراوي - الفواكه

الدواني ج ٢٣٥/٢ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٤٥ وما بعدها .

(٤) السيوطي - الاشياء والنظائر / ٢٨٥ وما بعدها من صفحات ، المرداوي - الانصاف

ج ٢٨٣/٤ ، حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٤٤٥ وما بعدها من صفحات .

المعين او المنفعة للمعير ، لصحة عقد المارية ، بيان الراجع من القولين ، حيث سنتركلك هناك ، على تصرف الفضولى ، وهو احد اسباب وقف العقد ، عند من يقول بذلك والله تعالى اعلم .

رايما : تقسيم المقود من حيث اللزوم وعدمه :

تنقسم المقود من حيث اللزوم وعدمه الى اربعة اقسام ، وهى كما يلى ؟
القسم الاول : عقود لازمة من الطرفين ، اى من جانب كل واحد من المتعاقدين ، بحيث لا يحق لاي منهما فسخ المقد دون رضا الآخر ، وذلك كمقد البيع والاجارة ، ونحوهما ، اذا كانت هذه المقود ونحوها خالية عن الخيارات ، التى تمنح الماقد حق الرجوع عن المقد بلا توقضى رضا الماقد الآخر ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء فى ذلك . (١) ← ويستثنى من ذلك الارباب ن
القسم الثانى : عقود جائزة من الطرفين ، اى غير لازمة ، حيث يحق لكل واحد من المتعاقدين ، انهاء المقد فى اى وقت اراد ، سواء ارضى الطرف الاخر بذلك ،

-
- (١) الميدانى - التلبيب فى شركته الكتابج / ٥ / ٤ / ٢ ، الكاسانى - بدائع الصنائع ج / ٢٦١١ / ٦ / وما بعدها من صفحات حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج / ٥ / ٣ / ٣ ، ابن عبد البر - الكافى ج / ٢٤٥ / ٢ / وما بعدها ، القرافى الفروق ج / ١٣ / ٤ ، الغرق (٢٠٩) السيوطى - الاشياء والنظائر / ٢٧٥ وما بعدها ، ابن قدامة المغنى ج / ٤٨٣ / ٣ / وما بعدها ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٢٠٠ / ٣ ج / ٢٣ / ٤ / الزرقا - المدخل الفقهى المام ج / ٥٧٧ / ١ / وما بعدها فقره (٣٠١) السيد البكرى - اعانة الطالبين ج / ١٣٣ / ٣ /

اولا ، وذلك ، كمقد المارية ، وعقد الوكالة ، ونحوهما ولا اعلم خلافا بين الفقهاء
فى ذلك (١) ماعدا المالكية حيث قالوا : بلزوم - المارية الموقته باجل او عمل
من جهة الممير . الى حين انقضاء ذلك الاجل او العمل ، وسيأتى بيان الراجع
فى هذا الامر عند الكلام على اقسام المارية . (٢)

القسم الثالث : عقود غير لازمة فى اول الامر ، ثم توئل بها الحال : الى اللزوم ،
وذلك كالمهبة قبل القبض والوصية قبل الموت ، فالمهبة عند جمهور الفقهاء جائزة
قبل القبض ، حيث يجوز للواهب الرجوع فيها ، اما بعده فلا يجوز الرجوع . خلافا
للاحنافى ذلك . حيث يرون انها جائزة قبل القبض ومعه . * فالمهبة عند الجمهور
اذن . جائزة اول الامر قبل القبض ، ثم توئل الحال الى اللزوم بعده ، وكذلك
قبل الموت ، فهى جائزة اول الامر ، فللموصى ان يرجع فيها ، ثم توئل به
الحال الى اللزوم بعد الموت ، بلا خلافا علمه بين الفقهاء . (٣)

القسم الرابع : عقود لازمة من جهة احد طرفى العقد ، جائزة من الطرف الاخر ،

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٣٤٨٧/٧ ج ٣٩٠٢/٨ ، القرافى -
الفروق ج ١٣/٤ ، الفرق (٢٠٩) السيوطى - الاشياء والنظائر ٢٥٠ ،
السيد البكرى ج ١٣٣/٣ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع
ج ٤٦٨/٣ ، الزرقا - المدخل الفقهى العام ج ٥٧٧/١ وما بعدها
فقره (٣٠١) .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

(٣) داما دافندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحج ج ٦٩٣/٣٥٩/٢ ، حاشية
الدسوقى على الشرح الكبير للدرديرج ج ٣٧٢/٩٠/٤ ، البهوتى - كشاف
القناع عن متن الاقناع ج ٣٤٨/٣٠١/٤ ، السيوطى - الاشياء والنظائر ٢٧٥
السيد البكرى - اعانة الطالبين ج ١٣٣/٣ .

حلف

وذلك كمقد الرهن بحد القبض ، وعقد الكفالة ، بلا خوف علمه بين الفقهاء في ذلك
فمقد الرهن قبل القبض لازم من جهة الراهن ، جائز من جهة المرتهن ، اذ لكل
صاحب حق ان يتنازل عن حقه لمن اراد ، وعقد الكفالة لازم من جهة الكفيل ، جائز
من جهة طالب الكفالة ، لانه صاحب الحق ، وله ان اراد . ان يتنازل عنه . (١) ←
خامسا : تقسيم المقود من حيث تبادل الحقوق :

تنقسم المقود بهذا الاعتبار الى ثلاثة اقسام هي كمايلي :

القسم الاول : عقود المعاوضات ، وهي المقود المبنية على اساس توافق ارادتي
المتعاقدين ، على انشاء التزامات متقابلة ، تمنح لكل واحد منهما حق
اخذ شيء من الطرف الاخر واعطاء مايقابله ، وذلك كالبيع والاجارة ونحوهما .
فالبيع ، عقد يوجب على البائع دفع المبيع ، واخذ الثمن في مقابلته ،
ويوجب على المشتري دفع الثمن ، واخذ المبيع في مقابلته ، وكذلك الاجارة ،
عقد يوجب على المؤجر تمكين المستأجر من استيفاء منفعة العين المؤجرة ،
واخذ الاجرة مقابل ذلك ، ويمنح للمستأجر حق استيفاء المنفعة ، ويوجب
عليه دفع الاجرة في مقابلة ذلك ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في هذا . (٢)

(١) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٣٤٢٥/٧ ، ج ٣٧٣٨/٨ ، ومابعدها ، ابن
جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٣٥٢ ، الجعلى - سراج السالك شرح اسهل
المسالك ج ١٥٦/٢ ، السيوطي - الاشياء والنظائر / ٢٦٧ ، البهوتي -
كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٣٢١/٣ ، ابن قدامة - المخترج / ٤٠١/٤ ،
الزرقا - المدخل الفقهي المأمج / ٥٧٧/١ ، ومابعدها ، فقرة (٣٠١) .

(٢) ابن الهمام - شرح فتح القديج / ٢٤٧/٦ ، الميداني - اللباب في شرح
الكتايب / ٨٧/٢ ، ومابعدها ، داما دافندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر
ج ٣٧١/٢ ، حاشية المدوى على كفاية الطالب الرباني ، وهو مطبوع
بهاشم الحاشية المذكورج / ١٥٢/١٠٩/٢ ، الخطيب - الاقتناع في حل الفاظ
ابى شجاع مطبوع بهاشم حاشية البيجوى عليم / ١٧٢/٣ ، السيوطي - الاشياء
والنظائر / ٣١٨ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع / ٤٦٦/٣ ، ج ٢٣/٤ ،
الزرقا - المدخل الفقهي المأمج / ٥٧٨/١ ، الفقرة (٣٠٢) .

القسم الثاني : عقود التبرعات : وهي العقود التي تقوم في الجملة على أساس ان يبذل احد الماقردين للآخر شيئاً على سبيل البر والاحسان والممونة بدون عوض ، سواء كان ذلك المبدول ، عينا او منفعة ، وذلك كمقد الهبة والمارية ونحوهما ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)

القسم الثالث : العقود المشتبهة على التبرع ابتداءً ، والمماوضة انتهاءً ، وهي : العقود التي يعطى فيها احد الماقردين للآخر شيئاً ، اعانه له ، على أساس ان يرد الاخذ ما يماثل ذلك الشيء ، في وقت لاحق يتفقان عليه ، وذلك كمقد القرض ونحوه . ويبان ذلك ، ان المقرض متبرع ، باسماء المقرض ، واعانته على قضاء حاجته الملحة بما اعطاه من مال ، وهذا جانب التبرع في عقد القرض ، ولكن عندما يسترد المقرض ما يماثل ماله من المقرض يؤهل حينئذ العقد وينتمى الى المماوضة ، ولزوم الاداء . (٢)

-
- (١) الموصلى - الاختيار لتعميل المختار ج / ٢٨ / ٣ وما بعدها ، داما دافندى مجمع الانهر شرح ملتقى الابرج ج / ٣٤٦ / ٢ وما بعدها ، الدردير - اشبح الصغير وملفة السالك عليه ج / ٣١٢ / ٢٠٥ / ٢ التسولي - البهجة شرح التحفة ج / ٢٢٣ / ٢ / ٢٢٥ ، الرملى - غاية البيان شرح زبد ابن رسلان ج / ٢٣١ / ٢١٤ ، ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج / ١٣٢ / ٥ / ١٦٠ الزرقا - المدخل الفقهي المام ج / ٥٧٩ / ١ الفقرة (٣٠٢) .
- (٢) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٣١٥ وما بعدها / الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ٤٠٣ / ١ وما بعدها ، الزرقا - المدخل الفقهي المام ج / ٥٧٩ / ١ فقرة (٣٠٢) .

سادسا : تقسيم المقود من حيث الضمان وعدمه :

تنقسم المقود بهذا الاعتبار ، الى ثلاثة اقسام ، وهى كمايلى :

القسم الاول : عقود ضمان : وهى المقود التى يعتبر فيها القابض للمال بمسئولية انشائها مسئولا عن ضمانه . اذا تلف ، سواء اكان التلف بأفة ساهمة ، او يعتمد اوتقصير من قبل القابض له ، وذلك - كمعقد البيع وعقد القرض ، ونحوهما •

وبيان ذلك ، ان البائع بعد قبضه للثمن ، ولزوم عقد البيع ، لا يرجع على المشتري ، اذا تلف الثمن ، والمشتري ايضا لا يرجع على البائع ففى ضمان الممين المباعه عند تلفها تحت يده ، بل يعتبر التالف من الثمن بعد القبض ولزوم البيع تالفا من مال قابضه ، وذلك لانتقال الملك فى الثمن والمشم •

وكذلك القرض ، بعد القبض ولا يعتبر عند تلفه . تالفا من مال المقرض ، وانما من مال المقرض بلافق بين ان يكون التلف ، بتمد او تقصير او لم يكن .

وذلك لانتقال الملك ايضا ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء فى هذا . (١)

-
- (١) الكاسانى - بدائع الصنائع / ٣٢٣٨ / ٧ ، القرائى - الفروع / ٢٠٦ / ٢ وما بعدها ، الفرق (١١١) ، السيوطى الاشباه والنظائر / ٣٥٩ / ٣٤١ ، وما بعدها ، ابن تيمية - الفتاوى / ٣٤٣ / ٢ وما بعدها ج / ٤٠٤ / ٢٩ - وما بعدها ٥٠٦ ، وما بعدها من صفحات ، سليمان محمد - ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ج / ٢٢ / ١ وما بعدها من صفحات ، الزرقا - المدخل الفقهى العام ج / ٥٧٩ / ١ وما بعدها ، فقره (٣٠٣) •

القسم الثاني : عقود امانة : وهى العقود التى يعتبر فيها الطرف القابض للمال

بمعد تنفيذها ، غير مسئول عن ضمان ذلك المال ما لم يتمدى عليه او يقصر في حفظه وذلك كمقد الوديعة وعقد المارية . (١) على خلاف بين الفقهاء فى عقد المارية اهو من عقود الضمان ام من عقود الامانة ، وسيأتى عند الكلام على الضمان فى عقد المارية بيان الخلاف فى ذلك ، والراجع من القولين ان شاء الله . (٢)

القسم الثالث : عقود مزدوجة الاثر ، اى تفيد الضمان من جهة ، والامانة من جهة اخرى ، وذلك كمقد الاجارة ونحوه .

وبيان ذلك ، ان الممين الموجهة ، امانة فى يد المستأجر ، فلا يضمنها الا عندما يتمدى عليها او يقصر فى حفظها ، وهذا هو جانب الامانة فى عقد الاجارة .

اما جانب الضمان فهو فى منافع الممين الموجهة ، اذ تعتبر مضمونه على المستأجر . بمجرد تمكنه من استيفائها نسوا اقام با ستيفاء المنفعة بعد تمكنه من ذلك ، او ترك استيفائها حتى مضت مدة الاجارة ، فان ما فات من المنافع

(١) الموصلى - اختيار لتعليل المختار ج / ٣ / ٢٩٨٧ ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ / ٤٠٥ ابن عبد البر - الكافى ج / ٢ / ٨٠١ / ٨٠٨ حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم الفزى على متن ابى شجاع ج / ٢ / ٦٢ ، ابن مفلح - المبدع فى شرح المقنع ج / ٥ / ٢٤٢ وما بعدها ، سليمان محمد ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ج / ١ / ٢٢ وما بعدها من صفحات ، الزرقا المدخل الفقهى العام ج / ١ / ٥٨٠ فقره (٣٠٣) .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

مضمون عليه ، فتلزمه الاجرة حيثئذ ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)
الا ان المالكية يستثنون من الاجارة مسألتين ، يوجبون على المستأجر فيهما

الضمان :

الاولى : مسألة " الاجير الذي يؤثر في الاعيان بصنكته ، كالخياط ، والصباغ ،
والقصار ، لان السلمة اذا تضررت بالصنعة ، لا يعرفها رسها اذ وجدها قد
بيمت في الاسواق ، فكان الاصلح للناس تضييع الاجراء في ذلك ، وهو من باب
الاستحسان ."

الثانية : مسألة ، الاجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس الى تناوله ،
كالفواكه والاشربة والاطعمه المطبوخة ، فان الاجير يضمن سد الذريعة التناول منها . (٢)
وبالانتها من هذا التقسيم ، نأتى الى ختام الكلام عن اهم اقسام العقد في الفقه
الاسلامى ، وبه ينتهى هذا الباب ، وقد كان بابا تمهيدا ، تعرضنا فيه ، لاهم
ما يتصل بكلمة (عقد) في الفقه الاسلامى راجيا ان اكون ممن وفق في ذلك ، والله
المستعان .

(١) داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٣٧١ / ٣٩٠ / ٣٩١

٣٩٤ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٣٠١ وما بعدها ، ٣٥٥ ،
القرافى - الفروق ج / ٢ / ٢٠٢ وما بعدها ، الفرق (١١١) الربطى -
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج / ٥ / ٣٠٥ / ٣٠٦ ، البهوتى ،
كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤٠ / ٤١ / ٤٦ ، الزرقا - المدخل الفقهى
المالم ج / ١ / ٥٨٠ وما بعدها ، فقره (٣٠٣) .

(٢) القرافى - الفروق ج / ٢ / ٢٠٢ وما بعدها ، الفرق (١١١) .

هذا نص
للاجير

((الباب الثاني))

تعريف المارية ، وأدلة مشروعيتها وحكمة تشريعها ، وحكمها

- الفصل الاول : في تعريف المارية :

البحث الاول : في تعريف المارية لسنة

البحث الثاني : في تعريف المارية في اصطلاح
القهاء .

- الفصل الثاني : أدلة مشروعية المارية ، وحكمة تشريعها ، وحكمها :

البحث الاول : أدلة مشروعية المارية وحكمة تشريعها

البحث الثاني : حكم عقد المارية

الفصل الاول : في تعريف العارية

المبحث الاول : في تعريف العارية لنفسه

للعارية عند العرب ثلاث لغات ، العارية بتشديد الياء ، وهو اكسر وأصح ، والعارية بتخفيف الياء ، والعارية بحذف الياء على وزن ناقه . (١)

ويطلق هذا اللفظ في اللغة العربية ، ويراد به في الجملة ، ما يعطى للغير على أن يردّه الى المعطى ، ومن هنا قالوا : كل عارية مستردة . فهو اذن اسم للعين المتصفة بذلك . ولى هذا غاطلاقه على المصدر الذى هو الاعارة من قبيل المجاز . (٢)

واذا تبين هذا ، فهل العارية ، اسم موضوع ، لم اسم منسوب ، الواقع أن الأكثر ذهبوا الى أنها اسم منسوب بدليل تشديد يائها لان ياء النسب مشددة والتشديد فيها اكثر وأصح كما سبق وان ذكرنا ذلك قبل قليل ، وقيل بل هى اسم موضوع ، ولى هذا فياؤاها كياء ، الكرسي والدرى ، ونظيره كميث صينة تصغير وليس بتصغير . (٣)

(١) الزيدى - تاج المروس من جواهر القاموس ج ٣/ ٤٣٠ ، مادة (عور) احمد رضا - معجم من اللغة ٢٤٢/٤٠ ، مادة (عور) الزاوى الطرابلسى - ترتيب القاموس المحيط ج ٣/ ٣٠١ ، مادة (عور) على حيدر - دور الحكام مجلة الاحكام ج ٢/ ١٩٦ ، مادة (٧٦٥) .

(٢) الزيات - المعجم الوسيط ج ٢/ ٦٤٢ ، مادة (عور) المقرئ - الصحاح المنير فى غريب الشرح الكبير ج ٢/ ٨٩ ، مادة (عور) الصميدى - الاصحاح فى لغة اللغة ج ١/ ١٣٦ ، ابن منظور - لسان العرب ج ٦/ ٢٩٧ ، مادة (عور) .

(٣) الرازى - مختار الصحاح ج ٢/ ٤٦٢ ، مادة (عور) الشرتونى - اقرب الوارد فى نصيح العربية والشوارد ج ٢/ ٨٤٦ ، مادة (عور) ابن منظور لسان العرب ج ٦/ ٢٩٧ ، مادة (عور) ، الرعيى - النظم المستعذب فى شرح غريب المصديج ج ١/ ٣٦٩ ، الهادى ، الجوهر والنيرة ج ٢/ ٢١٣ ، ابن عابد بن - حاشيته قرقمبون الاخضر كلمة / المختار ج ٨/ ٣٨٢ ، واما دافندى ، معجم الانهر شرح ملتقى الابحر ج ٢/ ٣٤٦

(١) الكلمة لا تأخذ من المعنى ، ولكن من اللفظ المصدر ، واد
الفضل على الخلف ، وهو أصل الاستعارة

-٥٤-

وما يحسن ان نشير اليه ، أن العلماء اختلفوا ، في المعنى الذي أخذت
منه كلمة " عارية " وفيما يلي بعض المعاني التي ذكروها ، وهي وان اختلفت
بعض الشيء ، إلا أنها لا تبعد عن المعنى الشرعي لها وسنبين أن شاء الله ،
بعد تعريف العارية في اصطلاح الفقهاء ، الرابط بين هذه المعاني والمعنى
الشرعي عند الفقهاء .

المعنى الاول : ان العارية مأخوذة من (التماور) وهو التداول والتناوب
في الشيء ، بين اثنين . يقال : اعارة الشيء ، واعاره منه ، وماروه اياه ، والمعاورة
والتماور شبه المداولة والتداول ومن ذلك قول ذي الرمة ،
وسقط كمين الديك عاورت صاحبي اياها وهيئنا لمقمتها وكسرا

وانشد ابن المظفر - اذا رد المماور ما استعارا

كما يقال : اعثروا الشيء ، وماروه ، تداولوه فيما بينهم ، قال ابو كبير :

واذا الكماة تماوروا طعن الكلى نذر البكارة في الجزاء الضعيف (١)

وقال : تماور القوم فلانا ، اذا تماوروا عليه بالضرب واحدا بعد الآخر
وقال الليث : تماورت الريح رسم الدار حتى غفقه ، أي تواظبت عليه ، وانكسر
الازهرى هذا وقال : معنى تماورت ، الريح رسم الدار أي تداولته فمرة تهب
جنها ومرة شمالا ومرة قبولا ومرة دبوراً ، ومنه قول الاعشى :

دمنه فقرة تماورها الصيف برحين من صبا وشمال (٢)

(١) ابن منظور - لسان المربج / ٢٩٧/٦ مادة (عورة) الزبيدي - تاج المروص
من جواهر القاموس ج / ٤٣٠/٣ ابن سيده - المحكم والمحيط الاعراب
ج / ٢٤٩/٢ مادة (عور) احمد رضا - معجم متن اللثة ج / ٢٤٢/٤ مادة
(عور) الزبيدي الزاوي الطرليسي - ترميز القاموس المحيط ج / ٣٠١/٣
مادة (عور) .

(٢) المراجع السابقة

وشل المارية في ذلك سواء أكانت مشدة أو مخففة : المارة ، بناء على أنها
لغة فيها قال ابن مقبل :

فاخلف واتلف انما المال عارة وكله مع الدهر الذي هو آكله

وهذا يتبين أن المارية أو المارة ، على هذا المعنى ، اسم لما يتداول
بين الناس أو يتناوب عليه ، ومنه المين المأخوذة من مالها أو مالك منقعتها
أو مأذونها للانتفاع بها مطلقا أو زمانا محلوها بلا عوض (١) .

الاستعارة

المعنى الثاني : ان المارية ، منسوبة الى المارة ، اسم مصدر من الاعارة
مأخوذة من (عار) اذا ذهب وجاء بسرعة ، على مذهب الكوفيين او من
مصدره ، على مذهب البصريين ، على خلاف بين علماء اللغة في أصل
المشتقات ، هل هو الفعل أو المصدر (٢) .

يقال : عار القوس يميم عيارا ، انطلق كأنه منفلت من صاحبه يتردد ، ومن
أمثال العرب في ذلك : كلب عائر خير من كلب رابض ، فالماءر اذن

- (١) ابن منظور - لسان العرب ج ٢٩٢/٦ مادة (عور)
(٢) المرجع السابق ، وانظر ، المشرى - المصباح المنير في غريب الشرح
الكبير ج ٨٩/٢ مادة (عور) ابن دريد - جمهرة اللغة ج ٣٩٢/٢
مادة (رعي) الحميمي - الدر المنثور في شرح الملتقى ج ٣٤٦/٢
السيد البكري - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين ج ٣/
١٣٨ .

المتروك ، لهذا سميت المعبر عبرا لانها تتردد في الصحارى والقفلات (١) .
وفي الحديث النبوي الشريف " مثل المنافق مثل الشاة العائرة بين غنمين (٢) ،
أى المتروكة بين قطيعين من الغنم لا تدرى لايهما تتبع . ومن هنا قال المصرب
للغلام الخفيف عيار لكثرة ذهابه وضيافته في الارض وتردده فيها (٣) .
وربما أطلقوا هذه الصفة على الاسد فقالوا : اسد عيار ، لتردده في الصحراء
طلباً للصيد . قال اوس بن حجر :

ليث عليه من الهردى هبرية
المرزبان : الناس السجاع المصدم على فريضة
كلمة مرزبانى عيار باوصال (٤)

وحكى الفراء ، رجل عيار اذا كان ذكياً مكرراً للتطواف في الأرض والحركة عليها
وهى : صفة مدح وذم عند العرب ، عيقال : غلام عيار نشيط في طاعة الله
وغلام عيار نشيط في المحاصي (٥) .

وهذا يتضح ان العارية على هذا المعنى اسم لما يذهب ويحسب ، ويتردد بسرعة .

(١) المراجع السابقة ، وانظر الركي النظم المستعذب في شرح غريب المذهب
ج ١ / ٣٦٩ / ٣٢٠

(٢) هذا الحديث أخرجه النسائي عن قتيبة قال حدثنا يعقوب عن موسى بن عتبة
عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : مثل المنافق كمثل
الشاة العائرة بين الغنمين تميم في هذه مرة وفي هذه مرة لا تدرى ايها تتبعه
وأخرجه الامام احمد بما هو قريب من هذا اللفظ عن ابن عمر . انظر سنن النسائي
ج ٨ / ١٢٤ / مسند الامام احمد ج ٢ / ٣٢٢

(٣) ابن منظور - لسان المصرب ج ٦ / ٣٠١ مادة (عور) ابن دريد جهمرة اللثة
ج ٢ / ٣٩٢ مادة (عري) - الركي - النظم المستعذب في شرح غريب
المذهب ج ١ / ٣٦٩ / ٣٢٠

(٤) المراجع السابقة

(٥) المراجع السابقة .

الاصناف

المعنى الثالث : ان الحارفة مأخوذة من عرا يعرو ، كقرا يغزو ، بمعنى قصده ، اعرضه ، او غشى . ومن ذلك قول الشاعر :

وانى لتعرونى لذكراك هزة كما انتفخ العصفور بلله القطر
وقال فى القاموس المحيط : عراء يعروه ، غشيه البيا معروفا كاعتراه (١) .

وهلى هذا فاصلها عاروه على وزن فاعوله ، او فعليه على القلب ، قلبت الواو الثانية ياء لتطرفها ، والتاء فى نية الانفصال فاجتمعت الواو والياء وسبقت احدهما بالسكون قلبت الواو ياء فاصبحت عارية بتشديد الياء .
هذا فى المشددة اما المخففة فاصلها عاروه على وزن فاعله فابدلت الواو ياء لتطرفها فاصبحت عارية (٢) .

المعنى الرابع : ان الحارفة مأخوذة من الحرية والحرية مشتقة من العرى بالضم ، قال فى القاموس المحيط : العرى بالضم ، خلاف اللبس كرضى عريا وحرية بضمها وعرى وأعره الشوب ومنه وراه تحرية فهو عريان ، وأعره النخلة ، وهبه ثمرة عامها والحرية النخلة المحررة التى اكل ما عليها ، وما عزل من المساومة عند بيع النخل من المكل * (٣)

(١) الفيروزبازى = القاموس المحيط ج / ٣٦١ / ٤ الزيدى - تاج المروس من جواهر القاموس ج / ٣٩١ / ٣ مادة (عر) التسولى - المهجة شرح التحفة ج / ٢٧٤ / ٢ الصاوى بلغة السالك ج / ٢ / ٢٠٥ الحطاب مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ج / ٢٦٨ / ٥ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج / ٣٨٨ / ٣

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الفيروزبازى - القاموس المحيط ج / ٣٦١ / ٤ الشرتونى - اقرب الموار فى فصيح

البحرية والشوارد ج / ٨٤٦ / ٢ مادة (عر) السرخسى - الميسوط ج / ١١ /

١٣٣ / الههوى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٢٢ / ٢٢٠

المعنى الخامس : ان العارية مأخوذة من "المار" منسوبة اليه

والى هذا ذهب الجوهري ، ومن ذلك قول الشاعر :

انما أنفسنا عارية والحوارى قصارى أن ترد

والمار عند العرب هو السبة ، والميب ، يقال : هذا الرجل ظاهر الاعيار ،

اى الميب وفى قول ان المار هو كل ما يلزم به سبة اريب . قال الراعى :

ونبت شربى تميم منبتا دنس المروءة ظاهر الاعيار

وقال النابغة : وعيرتنى بنو دهمان خشيته وحل على بان اخشاك من عار .

فالفصل اذن من عار ، التعمير . يقال : تعامير القوم اى تعامىوا ومن هنا

قيل : هم يتميرون من جيرانهم الامعة (١)

وعلى هذا ، فالعارية يائية الاصل ، فاصلها عيرية على وزن فعليه تحركت

الواو وانفتح ما قبلها فقلبت الفا .

قال الازهرى : وهذا قول ضعيف فالعرب يقولون : هم يتميرون من

جيرانهم الحواري بالواو لا بالياء . وهذا مما يدل على ان العارية ليست مأخوذة

من المار لانه يائى الاصل وهى واوية وانما غر من قال : بانها من المار

قول من قال من العرب : هم يتميرون الحواري وليس ذلك على وضعه وانما هى

معاينة من الواو الى الياء (٢) .

(١) ابن منظور - لسان العرب ج ٢٩٧/٦ / ٣٠٣ / ٣٠٤ مادة (عور) الرازى

مختار الصحاح ٤٦٢ - البقرى - الصباح الخمر فى غريب الشرح الكبير

ج ٨٩/٢ / مادة (عور) المبادئ - الجوهرة النيرة / ٢١٣ الزيلعى - تبيين

الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

ج ٣٨٨/٣ الصاوى بلغة السالك ج ٢٠٥/٢

(٢) المراجع السابقة .

ويؤيد هذا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استمار (١) ، فلو كان ذلك عيبا لما طلبها عليه افضل الصلاة والتسليم (٢) .

ورد هذا بأنه لا يلزم - من أخذ شيء من شيء ، مساواتهما في جميع الحروف - لان دائرة الاخذ اوسع من دائرة الاشتقاق ، ومن هنا نراهم قد يدخلون بنات اليا على بنات الواو واصدق مثال على هذا كلمة «البيع» فهي مأخوذة من الباع من أن البيع يائي بخلاف الباع (٣) .

وكون النبي صلى الله عليه وسلم قد استمار ، فهذا امر لا يطل القول بأخذ كلمة العارية من المار ، لان النبي عليه افضل الصلاة والتسليم اولى بالمؤمنين من أنفسهم فلا يلحقه بطلب العارية عار او شبه وحاشاه عن ذلك (٤) .

والواقع ان الذي عليه اكثر علماء اللغة والفقه ، أن العارية ليست مأخوذة من المار وهذا هو الرأي الذي اميل اليه . ويمكن ان يجاب عما اجاب به المخالفون بان العرب لا يدخلون بنات اليا على بنات الواو ، الا عند الاضطراب الى ذلك ، ولا ضرورة هنا لهذا الامر ، ثم ان العارية مأخوذة في الشريعة الاسلامية وما كان مندوبا فلا يتصور قبحه وكون المستعير محتاجا لما في يد غيره فليس عليه في ذلك عار وانما المار فيما قبحه الشرع وانكره (٥) . والله تعالى أعلم .

(١) سيأتي في هذه الرسالة احاديث كثيرة ، تدل على ذلك . انظر من هذه الرسالة .

(٢) الصاوي - بلفظ السالك ج ٢٠٥/٢

(٣) حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب شرح تحرير تنقيح اللهاج ١٠/٢

(٤) المرجع السابق وحاشية الشبرايطي على نهاية المحتاج ج ١١٦/١١٥/٥

(٥) المرجع السابق و الصاوي - بلفظ السالك ج ٢٠٥/٢

المبحث الثاني : تعريف المارية فى اصطلاح الفقهاء

للمارية فى اصطلاح الفقهاء عدة تعريفات ، على حسب تعدد مذاهب
الفقه الاساسى ، ومن أشهرها ما يأتى :
أولا : تعريف الاحناف :

عرف الاحناف المارية ، على اعتبارها مصدرا ، أى بمعنى المصدر ، وهو الاعارة
تقالوا : " المارية تملك المنافع بغير عوض " (١)
فقولهم : " تملك المنافع " قيد خرج به اباحة المنافع (٢) وخرج به ايضا ، تملك

(١) الرغينانى - الهداية شرح بداية المبتدى ، ملبوع مع فتح القدير والمنايا
ج ٣/٩ ، الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥ ، ابن
عابدين - حاشية قرة عيون الاختيار تكملة / والمختار ج ٣٨٢/٨ ، داماد
افندى - مجمع الانهر شرح ملقى الابحر ج ٣٤٦/٢ .

(٢) قد يكون من المفيد ان أبين ولو بايجاز معنى الاجاه والتمليك عند الفقهاء ومعض
ما يتعلق بهما من احكام لينضج الفرق بين تملك المنفعة ، خاصة وان بعض
الفقهاء من الحنابلة والشافعية يقولون : بان المارية اباحة لامتلاك ، كما
سيأتى بيان ذلك عند الكلام على تعريفهم ان شاء الله فنقول :
الاباحة فى الاعيان والمنافع : هى الاذن باستعمال الشئ او استهلاكه
والآذن بذلك احد جهتين :

الجهة الاولى : الاذن من الشارع بحكم منه ، فكل مالم يكن داخلا فى
ملك عامر ، وقد اذن الشارع فى تملكه فهو مباح باذن الشارع كما فى اباحة
الانتفاع بالماء غير المملوك لاحد ، او بالكل قبل احرازه او بشئ النار الموقدة ،
لقوله عليه افضل الصلوة والسلام " الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والكلاء
والنار " .

أى الناس شركاء فيها شركة اباحة لا شركة ملك .

== الجهة الثانية : الاذن من المالك الخاص ، سواء كان مالكا للمعين ، أو المنفعة ، فإذا اذن شخص باستعمال أدواته وأمتعته الخاصة ، أو اذن باستهلاك شيء من ماله ، سعى تصرفه هذا إباحة ، فلمباح له حتى الانتفاع بما اذن له فيه فصدر الإباحة هنا هو المالك الخاص .

وتنتهى الإباحة : بانتهاء وقتها إن كانت مؤقتة ، أو برجوع الاذن الخاص عن أذنه أو بجمعه ،

ويشترط في انتهاء فترة الإباحة ، علم المباح له ، بعدول المبيع عن أذنه وذلك في أحد القولين عن الإمام الشافعي وفي القول الثاني واليه ذهب الاحتفاء : لا يشترط العلم " لأن ثبوت هذا الحق من قبيل الولاية وقبيل الماذون له مقام الاذن في الانتفاع ، فصار كالوكيل إذا عزله موكله فإنه لا يشترط لنفاذ ذلك علمه بالحلل " .

وأما الأثر المترتب على الإباحة : فهو ثبوت حق الانتفاع للمباح له فقط ، وهو حق لا يستفيد به ملك ما أبيع بمجرد الإباحة ، بل هو دون التملك فهو حق الانتفاع بالإباحة يخول للمباح له الانتفاع بنفسه فقط دون أن يبيعه ، أو يملكه لغيره لكنه حين يحزره أو يستوفى ما أبيع له ، فقد تملكه فمن دعى المسمى طعام قد أبيع له ذلك الطعام فهو قبل أن يأكل منه ماذون له بالأكل غير مالك للطعام ، ولكنه حين يأكله فقد تملكه ومن ثبوت عليهم النقود فمضى الاقتراح كما هي العادة في بعض البلدان ، فقد أبيع لهم بذلك التقاطها فهي قبل الالتقاط مباحة ، ماذون بالتقاطها فقط ، فلا تملك بمجرد الاذن والإباحة وإنما تملك بالالتقاط ، والحوز وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء .

وذهب بعض الفقهاء : " إلى أن المباح له يستهلك ما أبيع له ويستوفيه وهو على حكم ملك المبيع فلا يملكه لا قبل الإحراز ولا بعده وإنما لا يضمن إذا استهلكه لعدم تعديه إذ قد اذن له في استهلاكه بالإباحة " .

إذا ثبت هذا ، فإنه يجوز عند بعض أصحاب الصراى الأولى ، الرجوع عن الإباحة ، ولو بعد الإحراز من قبل المباح له ، قياسا على الهبة حيث يجوز ==

عندهم الرجوع عنها ولو بعد القبض .

أما عند البعض الآخر ، فلا يجوز الرجوع بعد الاحتراز قياسا على الهبة أيضا حيث لا يجوز عندهم الرجوع عن الهبة بعد القبض ، إلا في بعض المسائل كهبة الأب لابنه .

أما على الرأي الثاني : فإن المباح في يد المباح له ، ملك للمبيع بحقوق له أن يسترده في أي وقت أراد مادام موجودا لم يستهلك بعد . هذا إذا كان المباح عينا لا منفعة ، أما إذا كان المباح منفعة فلا مجال للخلاف ولو وجد فلا ثمة له لأن المنفعة عرضية لا تبقى بعد الانتفاع ، ومن شرط رجوع المبيع عن الإباحة بعد الاحتراز عند من يقول بذلك أن يكون المباح قائما حتى يمكن إعادته أما إذا استهلكه المباح له فلا رجوع ولا ضمان لعدم تملك المباح له بالاستهلاك ، لوجوده الآن من المالك وإذا لم يكن عليه ضمان فيما استوفاه من منافع حاله الإباحة فلا فرق بين أن يستهلك المنفعة ويملكها بهذا الاستهلاك وبين أن يستهلكها وهو ملك المبيع وقد اذن له باستهلاكه .

وإذا تبين بهذا الموجز معنى الإباحة وأثرها في الأموال ، بقي أن نعطى لمحة موجزة عن تملك المنفعة ليتضح الفرق بين التملك والإباحة .
تمليك المنفعة :

تمليك المنفعة : " تصرف يفيد ملك المنفعة " والملك : " حق شرعي يختص صاحبه بالانتفاع به والتصرف فيه إلا لمانع ، ويمنع غيره من الانتفاع به والتصرف فيه ، إلا لمصلحة .

ويثبت هذا الحق في المنفعة ، أما تبعها لملك المعين ، وأما لوجود سبب من الأسباب التي تقيّد ملك المنفعة دون عينها كالأجرة والوقف والإعارة ، على خلاف في الإعارة ، هي سبب التملك المنفعة أولا . وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله عند مناقشة تعريفات الحارثية عند الفقهاء .

وما سبق يتبين أن الأثر المترتب على ملك المنفعة : هو ثبوت حق الانتفاع

والتصرف لملكها بحيث يحق له ان يتفق بنفسه او يبيعها او يملكها لغيره
او يتصرف فيها باى تصرف اخر مالم يمنع من ذلك مانع ما .
فتمليك المنفعة اذن اقوى من اباحة واخص ، فمن يملكها يملك حق الانتفاع
الشخصى وزياده بينما لا يملك بالاباحة الا حق الانتفاع وهذا يتضح الفرق
بين تملك المنفعة و اباحتها ، وما تجدر الاشارة اليه ان بعض الفقهاء من المالكية
والحنابلة وغيرهم يسمون هذا الحق الناتج عن الاباحة بملك الانتفاع
وسميه غيرهم بحق الانتفاع وهو خلاف فى التسمية فقط وليس له أثر على نفس
الواقع ، لان النتيجة واحدة وهى ان كل من اعطى هذا الحق فليس له
الا الانتفاع بنفسه فقط ، وسبب ان يسمى هذا السبب الذى ثبت به
هذا الحق بملك الانتفاع او بحق الانتفاع .

يراجع فيما كتبناه عن الاباحة وتمليك المنفعة المراجع التالية :

- ابن عابد بن - حاشية قرة عين الاختار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨٢ هـ السمرقندى
تحفة الفقهاء ج ٣ / ٢٤٤ - ابن نجيم - الاشياء والنظائر ٣٥١ / ٣٤٦ هـ
السرخسى - المبسوط ج ١١ / ١٤٠ - نظام - الفتاوى الهندية ج ٥ / ٣٤٤
وما بعدها من صفحات هـ الرافعى - تقرير الرافعى على حاشية ابن عابد بن
ج ٢ / ١٣٢ هـ الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٩ / ٣٤٨٦ هـ
التسولى - البهجة شرح التحفة ج ٢ / ٢٧٤ وما بعدها هـ الدردير - الشرح
الكبير وحاشية الدسوق عليه ج ٣ / ٣٨٩ هـ القرأى - الفرق ج ١ / ١٨٧
وما بعدها من صفحات هـ الفرق (١٨٠) محمد على - تهذيب الفروق
ج ١ / ١٩٤ هـ الفرق (٣٠) الجرجاني - التمرينات ٢٠٤ / ٢ هـ السيوطى
الاشياء والنظائر ٣١٦ وما بعدها ٣٢٦ وما بعدها هـ حاشية الشرقاوى على
التحرير ج ٢ / ٩١ هـ الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب
ج ٢ / ٣٢٤ وما بعدها حاشية القليوبى ج ٣ / ١١٠ / ٢٩٨ هـ
حاشية الباجورى على شرح بن قاسم الخزرى - ج ٢ / ٤٨ هـ

الذوات كبيع عين المال او هبته لانهما لتملك ذات المال لا لمجرد تملك المنفعة
وقولهم " بلا عوض " قيد خرج به عقد الاجارة لانه تملك للمنفعة بموضع (١)

ثانيا : تصرف المارية عند المالكية :

عرف المالكية المارية باعتبارين ، باعتبارها اسم للمال المار واعتبارها بمسمى
المصدر فقالوا :

= الههوى - كشف القناع عن متن الاقتاع ج / ٢٢ / ٧٠ / ٧٢ هـ ابن قدامه
- المصنف ج / ١٦٨ / ٥ هـ ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ١٩٦
وامبعدها هـ قاعدة (٨٦) ابن تيمية - الفتاوى ج / ١٨٢ / ٢٩ وامبعدها
ابو البركات - المحرر ج / ٤٠ / ٢
الخفيف - المنافع / ١٢٥ وامبعدها من صفحات هـ الزرقا - المدخل القهسي
المصنف ج / ٢٨٣ / ١ وامبعدها من صفحات هـ الخفيف - احكام المعاملات
الشرعية / ١١ / ١٠ مذكور - نظرية الاباحة عند الفقهاء والاصوليين / ٤٤ هـ
وامبعدها من صفحات هـ ١٣٣ وامبعدها من صفحات ١١٦ وامبعدها من
صفحات هـ ٢٥٣ وامبعدها من صفحات هـ ابن حميد - القيد الواردة على
الملكية / ١٠ وامبعدها من صفحات ٤١ وامبعدها من صفحات .

(١) شرح الههوى على كنز الدقائق ج / ١٣٩ / ٢ هـ ابن نجيم - البحر الرائق
شرح كنز الدقائق ج / ٢٨٠ / ٧ هـ حيدر - درر الحكم شرح مجلة الاحكام
ج / ١٩٦ / ٢ هـ وامبعدها هـ مادة (٧٦٥) .

المارية باعتبارها اسما: منفعة مؤقتة ملكت بخير عوض * والمارية باعتبارها مصدرا
 اى بمعنى المصدر وهو الاعارة: " تملك منفعة مؤقتة بخير عوض " فدخل بتعريفهم
 هذا كل من الاخدام والممرى وخرج به الحبس (١) كما خرج بقولهم: " تملك
 منفعة " تملك عين المال بنحو بيع او هبة او ما الى ذلك وخرج بهذا القيد ايضا
 تملك الانتفاع ، وهو ما يميز عنه عند بعض الفقهاء بحق الانتفاع وهو الحق الناتج
 عن الاباحة ، ولقد سبق قبل قليل فى حاشية هذه الرسالة بيان الفرق بين

(١) الاخدام : تملك خدمة الرقيق حياة المولى بالنتج بلا عوض والممرى بضم
 الميم تملك المنفعة حياة المولى ، بالفتح بلا عوض فعلى هذا فكلا
 من الاخدام والممرى تملك منفعة مؤقتة بخير عوض ، غير انما للكيه
 اما الحبس ، فصرفه من المالكية ابن عرفة قال : " الحبس اعطاء منفعة شئ مدة
 مدة وجوده لازما بقاؤه ، فى ملك معطيه ولو قد يرا " فخرج بهذا التعريف
 المارية والممرى والاخدام لتأييد ملك المنفعة فى الحبس وعدم تأييده فى المارية
 هذا على رأى ابن عرفة اما على رأى غيره من المالكية فان الحبس قسمان مؤبد
 ومؤقت فعلى هذا الرأى يدخل الحبس المؤقت فى تعريف المارية وسياتى
 ان شاء الله عند مناقشة تعريفات المارية دفع هذا الاشكال عن تعريف المارية
 عند المالكية .

انظر فى هذا - عيش - تسهيل منح الجليل ج ٤٨٦/٣ مطبوع بهامش شرح
 منهج الجليل على مختصر خليل لتاوى - حلى المجامع ج ٢٢٤/٢٢٥ مطبوع
 بهامش المهجة شن التحفة -

الدردير الشرح الصغير ج ٢٠٥/٢ مطبوع بهامش يلقته السالك للصاوى .

هذا الحق وملك المنفعة (١) وخرج بقولهم " مؤقته " تملك المنفعة المطلقة وذلك كملك الهبة منفعة نفسه ، فهو تملك منفعة مطلقة بشعر عوض فلا يعتبر عارية ، ولا اعتقا في نفس الوقت ، بدليل ان الامة اذا ملكت منفعة نفسها ثم تزوجت فان اولادها يرقون لسيدها وخرج بهذا القيد أيضا الوقف على شخص معين واعقابه فانه تملك منفعة غير مؤقته عندهم (٢) .

ثالثا : تعريف العارية عند الشافعية :

اختلفت اقوال الشافعية في لفظ (العارية) اهو اسم لمعين المال الذي ابيحت منفعته " اى المار " أم انه اسم للمقد المشتمل على اباحة المنفعة فنقل الهكسرى سنن الشافعية : ان العارية شرعا اسم لما يمار وللمقد المشتمل على اباحة منفعة المال فهو لفظ مشترك بين المقد وما يمار " (٣) .

ونقل البيهقي : " ان العارية اسم لما يمار لثة وشرعا اولسنة فقط ، اولثة لما يمار وشرعا للمقد (٤) والذي عليه اكر الشافعية ان العارية اسم لما يمار وللمقد لثة واما في الشرع فتطلق على المقد فقط (٥) .

(١) راجع ص من هذه الرسالة : ص ٦٠ وما يعدها من صفحات

(٢) التسولي - البهجة شرح التحفة ج ٢/ ٢٧٤/ ٢٧٥ ، الخطاب - مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٥/ ٢٦٨ ، الصاوي - بلغة السالك ج ٢/ ٢٠٥

(٣) السيد الهكسرى = اعانة الطالبين على حل الفاظ الامين ج ٣/ ١٢٨

(٤) البيهقي - تحفة الصبيب على شرح الخطيب ج ٣/ ١٢٨

(٥) المرجع السابق ، و الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢/ ٣٢٤ الخطيب معنى المختار ج ٢/ ٢٦٣ ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج

ج ٥/ ٤٠٩ حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ج ١/ ٥١٩

أما

هذا ولقد عرفها الشافعية على اعتبارها اسم للمقد فقالوا : " المارية اباحة الانتفاع من اهل التبرع بما يحصل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده على المتبرع " (١)

فقولهم " اباحة الانتفاع " اى عقد يتضمن اباحة المنفعة لملكها فهو قيد خرج به تملك المنفعة ، وقد تقدم الفرق بين تملك المنفعة واباحتها (٢) ، كما خرج به أيضا اباحة الاعيان كالضيافة والنثار ونحوهما . وقولهم " من اهل التبرع " قيد خرج به كل من ليس له اهلية التبرع بالمال كالصغير والمجنون والمجور عليه ونحو ذلك وقولهم " بما يحل الانتفاع به " قيد اخترزه عما يحرم الانتفاع به او يكره فلا بد ان يكون المنتفع به مباحا من حيث الانتفاع به ولا بد ان يكون ايضا مقصودا فلا يحار ما لانفع فيه الا ما يتوقع نفعه قبل انتهاء امد المارية . واحتسروا بقولهم " مع بقاء عينه " عما تستهلكه بالانتفاع المعتاد لاول مرة كالطعام للاكل والشمعة للوقود فلا تصح اعارة هذه الاشياء ونحوها لان الانتفاع المعتاد بها انما هو باستهلاكها وكون الاعارة لاستفادة المنفعة هو الغالب وقد تكون الاستفادة عين كاستمارة الشجر لاخذ ثمره او الشاة للحرث انتفاع بلبنها وكون الاصل فى المارية عدم استهلاك المار لا يعنى ان لا يكون القصد فيها استيفاء عينه ولقد حقق الاشمونى من الشافعية فقال : " ان الثمرة والدرة ليسا مستفادين بالمارية بل بالاباحة والمستمار هو الشجرة والغنة لمنفعة وهو التوصل لما ابيع " .

(١) شرح ابي قاسم الشزى على متن ابي شجاع ج ٨/٢ مطبوع بهامش حاشية الباجورى

عليه وانظر - الانصارى - تحفة الطلاب شرح تحرير تنقيح اللباب ج ٩٠/٢

مطبوع بهامش حاشية الشرقاوى عليه ، السيد الهكرى - فتح المعين ج ١٢٨/٣

مطبوع بهامش اعانة الطالبين .

(٢) انظر ص ٦٠ من هذه الرسالة .

وفي قولهم " ليرد على المتبرع " اشارة الى ان مؤنة رد العين المعارة على المستعير دون المصير (١)

رابعا : تعريف الحنابلة للماربية :

ذهب الحنابلة في تعريف الماربية الى أنها : " المين الماخوذة من مالكها او مالك منفعتها او اذونها للانتفاع بها مطلقا او زمنا معلوما وتطلق عندهم على الاعارة مجازا (٢) " ولهم في تعريف الاعارة وجهان :

الوجه الاول : ان الاعارة " هبة تقع عين تبقى بعد استيفائه " قال المبرزوقي : " جنم بهذا الوجه في الهداية والخلاصة والكافي ، والمذهب الاحمد ، والوجيز ، وادراك الخليفة ، وشرح ابن رزين ، وقدمه في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير " (٣)

الوجه الثاني : " ان الاعارة : اباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرد ها على مالكها " والى هذا الوجه ذهب اكثر الحنابلة ، فاختره ابن عقييل ، وابن عديس في التذكرة وجزم به في المنى والشرح الكبير والرعاية الصغرى والتلخيص والفائق وقدمه في المستوعب والرعاية الكبرى ، وذكر صاحب النظم والفرع هذين الوجهين ولم يرجح احدهما على الاخر وذكرهما ابن مفلح في الهدى ورجح هذا الوجه كما رجحه البهوتي صاحب كشف القناع وشرف الدين ابوالنجا صاحب زاد المستقنع قال الحارثي : وهذا اس بالمذهب (٤)

(١) المراجع السابقة وانظر ايضا حاشية الشرقاوى على التحرير ج ٢/ ٩٠ وحاشية

الهاجورى على سنن ابن قاسم الغزالي ج ٨/ ٢

(٢) البهوتي - كشف القناع ج ٦٢/ ٤

(٣) ابن مفلح / الهدى في شرح القناع ج ١٣٧/ ٥ - الراوى الانصاف في معرفة الرائج من الخلاف ج ١٠٠/ ٦ ، مال حسين - الزوائد ج ٥١١/ ١

(٤) المراجع السابقة - البهوتي - كشف القناع ج ٦٢/ ٤ ، الرضى المريج ج ١٦٣/ ٢ ابن قدامة - المنى ج ١٦٣/ ٥

خامسا : تعريف ابن حزم الظاهري للمارئة :

عرف ابن حزم الظاهري المارئة بقوله : " المارئة اباحة منافع بعض الشيء " (١) ^{المطلع منه باب أولى}
والاباحة عنده ، جائزة في المجهول بخلاف العطية والهبة والصدقة والعمرى والرقي والحبس ، وعلى هذا فيخرج بقوله " اباحة المنافع " هذه التصرفات وتحوها (٢) ، كما خرج به تملك المنافع بمحض ودون عوض ، وملك الاعيان بمحض ودون عوض واباحتها أيضا .

والذي يظهر من تعريفه هذا : ان المارئة عند اسم للتصرف المشتمل على اباحة المنفعة شرعا ، وسيأتي عند مناقشة التعريفات ما يدل على ان هذا اللفظ يطلق في اصطلاحه ايضا على الممين المارة .

سادسا : تعريف الشيعة الزيدية للمارئة :

عرف الشيعة الزيدية المارئة بما هو قريب من تعريف الشافعية ، وابن حزم الظاهري وبعض الحنابلة فقالوا : " المارئة اباحة المنافع " وعلى هذا فالمارئة عندهم اسم للعقد المشتمل على الاباحة ، وسيأتي ما يدل على ان هذا اللفظ يطلق فسي اصطلاحهم ويراد به الممين المارة ايضا .

في عهد الوصفي عنهم

هذا ولقد دخل بقولهم " اباحة المنافع " العمرى والرقي والتقيدان ، لان المؤبدتين هبة عندهم ، تنقل ملكية الممين المعمرة والرقية ، الى المممر والمركب بالفتح ، وخرج بهذا القيد ايضا ، الوقف ، لخروجه عن ملك الواقف عندهم ، وهم خرج الممين المارة منفتحها عن ملك المبيع كما خرج به ايضا تملك الممين ، والمنفعة

(١) ابن حزم - المحلى ج / ١٦٨ / ٩ مسألة (١٦٤٩) .

(٢) المرجع السابق ج / ١٦٣ / ٩ مسألة (١٦٤٥) .

بمضى أو بشير عرض ، وخرج بها أيضا إباحة الاعيان (١) .

مناقشة تعريفات المارية هيان الراجح منها :

يتضح مما سبق ان تعريفات القهاء للمارية متفقة في بعض الجوانب ، ومختلفة في جوانب أخرى . ثم الخلاف في تعريف المارية قد يكون ذا ثمة فيتربط عليه خلاف في احكام الفروع وقد لا يكون له ثمة عملية .

وفيما يلي ساجول بيان مواطن الوفاق والخلاف وثمرته ، مع مناقشة ما اورد على بعض هذه التعريفات ثم بيان ما اختاره منها وسبب الاختيار .

أولا : يلاحظ ان كلا من المالكية والحنابلة عرفوا المارية باعتبارين ، باعتبارها اسما للمعين المتبرع ببنفقتها لآخر بشير عرض ، وباعتبارها مصدرا أى بمعنى المصدر (٢)

وعلى هذا فلفظ (المارية) في اصطلاحهم اسم للمعين المارة كما يطلق ويراد به المصدر أى الاعارة . والى هذا ذهب الاحناف . الا انهم لم يعمروا المارية على اعتبارها اسما للمعين المارة بل اقتصروا على تعريفها باعتبارها مصدرا أى بمعنى المصدر (الاعارة) (٣) .

أما تعريف ابن حزم الظاهري والشيعة الزيدية ، فيدل ظاهره على ان المارية عندهم اسم للتصرف المشتمل على إباحة المنفعة " (٤)

(١) المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهي علماء الاصارح / ١٢٦/١٢٨/

١٤٤/١٤٥/١٤٩

(٢) انظر ص و من هذه الرسالة

(٣) داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملقى الابحرج / ٣٤٦/٢ وانظر ص

من هذه الرسالة

(٤) انظر ص و من هذه الرسالة .

وتمريفهم للمعارية ، بهذا الاعتبار يوجب ان لفظ المعارية في اصطلاحهم لا يطلق على الممين المتبرع بمنفعتها ، أى الممين المعارة بل يطلق على المقصد المشتمل على اباحة المنفعة كما هو الامر في اصطلاح بعض الشافعية كما سيأتى بيانه .

الا اننى وجدت في كتبهم ما يدل على ان لفظ المعارية في اصطلاحهم يطلق ويراد به أيضا الممين المعارة فقد جاءت في المحلى لابن حزم " والمعارية غير مضمونة ان تلفت ففى غير تمدى المستمير " (١)

فوصفت المعارية بالتلف ، دليل على ان هذا اللفظ يطلق في اصطلاحه ويراد به الممين المعارة وجاء في البحر الزخار في فقه الشيعة الزيدية " المعارية هى بالتشديد . . . (هى) اباحة المنافع . . . وللمستمير الانتفاع بها بنفسه او بنائمه " (٢) فالضمير في قوله : " وللمستمير الانتفاع بها " راجع الى المعارية وفي هذا دليل على ان لفظ المعارية يطلق في اصطلاحهم ويراد به الممين المعارة لان المستمير انما ينتفع بالميمين لا بالعقد .

وعلى هذا فالأحناف وابن حزم الظاهري والشيعة الزيدية يتفقون مع المالكية والحنابلة في اطلاق هذا اللفظ في الاصطلاح على التصرف المشتمل على التبرع بمنفعة الممين كما يطلق على الممين المتبرع بمنفعتها بغض النظر عن كون الاطلاق في احدهم حقيقة وفي الآخر مجازا . ومنض النظر عن كون التبرع بتلك المنفعة على سبيل التملك او على سبيل الاباحة .

(١) ابن حزم - المحلى ج / ١٦٩ مسألة (١٦٥٠)

(٢) المرتضى - البحر الزخار الجامع لآداب علماء الامصار ج / ١٢٦/٥

الا انهم لم يعرفوا العارية باعتبارها اسماً للمعين المارة كما عرفها المالكية والحنبلة بهذا الاعتبار ولعلمهم والله اعلم انما احملا ذلك لاتضاحه بتمريفهم لها من حيث كونها مصدرا اى بمعنى المصدر اذ يكفى التعرف العارية من حيث أحد الاعتبارين ليتبين تمريفها من حيث الاعتبار الآخر .

فاذا كانت العارية على اعتبارها مصدرا تملك منفعة بشئ عوض زه فان تمريفها باعتبارها اسماً للمعين المارة واضح انه : المعين التى ملكت منفعتها بشئ عوض .

أما الشافعية فقد اختلفت كلمتهم فى ذلك كما سبق بيانه حيث ذهب بعضهم الى ان العارية اسم لما يمار ولمقدّها شرعا فهو لفظ مشترك بين المقد وما يمار .

وتردد بعضهم فقال : هو اسم لما يمار لغة وشرعا اوله فقط . اوله لما يمار شرعا للمقد وذهب اكرهم الى انه اسم لما يمار وللمقد لغة . واما فى الشرح فيطلق على المقد فقط .

ثم عرفوا العارية فى اصطلاحهم على اساس انها اسم للمقد ولم يعرفوها على اساس انها اسم لما يمار . (١)

واذا ما رجعنا الى معاجم اللغة العربية . نجد ان لفظ العارية فيها ، يطلق على ما تداوله الناس او تناهوه فيما بينهم لا على نفس التداول او التناوب (٢)

وهل هذا فالعارية فى اللغة العربية اسم للمعين المارة ، لا للمقد .

واذا ثبت هذا فان اطلاق هذا اللفظ فى الاصطلاح القهى على المعين ايضا

اهل المقد او عليهما لا يبعد وعن ان يكون مجرد اصطلاح ، والقاعدة عند القهاء

(١) انظر ص ٦٦ من هذه الرسالة

(٢) انظر ص ٥٢ من هذه الرسالة

ان لا مشاحنة في الاصطلاح ان لا ثمرة عملية تنبنى على ترجيح احد الاصطلاحين على
الآخر ، واذ لم تكن هناك ثمرة فلكل فريق اصطلاحه . والله تعالى أعلم .

ثانياً : يلاحظ ان كلا من الحناف والمالكية متفقون في تعريف المارسة
على اعتبارها مصدرًا غير ان المالكية زادوا في تعريفهم قيداً لم يذكره الاحناف وهو توقيت
ملك المنفعة في المارية (١) . وهو قيد يوجب بان هناك خلافاً بين الاحناف
والمالكية في معنى المارية .

والواقع ان وجود هذا القيد في تمرين المالكية لا يوجب خلافاً بينهم وبين
الاحناف في معنى المارية بالذات فيما يظهر لي .
لان كلا من المالكية والاحناف متفقون على ان تملك المنفعة في المارية مؤقت
بزمان او عمل نصاً اخرها . (٢)

ولعل السبب في عدم ذكر الاحناف لهذا القيد مع انهم يقولون بتوقيت ملك المنفعة
في المارية اجماً الى ان الاصل في تملك المنافع في الجعلة عندهم هو التوقيت دون
الاطلاق ، كما في الاجارة والوقف والوصية بالمنفعة والمارية فلا يؤيد ملك هذه

(١) انظر من هذه الرسالة .

(٢) الحصكفي وابن عابد بن - الدر المختار ورد المحتار ج / ٢٧٧ - ج / ٤ / ٥٠٤
وانظر تكملة حاشية ابن عابد بن ج / ٣٩٥ / ٨ . ابن نجم والاشباه والنظائر ٩٩ /
محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر خليل ج / ٣ / ٤٩٦ - شرح
الخرشي على مختصر خليل ج / ٦ / ١٢٥ . وابعدها . الدردير - الشرح الكبير
ج / ٣ / ٣٩٣ . وابعدها . مطبوع مع حاشيته الدسوقي عليه .

اصح

المنافع عندهم ، واذا ما اطلق تقيد بحياة المالك . (١)

فالتأييد لا يكون في الاجارة عندهم لانها لا تكون الا مؤقتة ولا في الوقف لان منافع الاعيان لا تورث (٢) ، ولا في الوصية بالمنافع ، لانها وان ابدت تنقيد بموت الموصى له ولا يرثها ورثته لان منافع الاعيان لا تورث * ولان الوصى اوجب الحق للموصى له ليستوفى

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/١٠٥/١٠٦/١٤٤ ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٦/٢٠٠/٢٢٣/٢٤٢ وما بعدها من صفحات ، ج ٩/١٤٦/٩٦/١٤٦ ارماد افندي جميع الانهر شرح ملقى الابرج ج ٢/٧١٤/٧١٥ المرغيناني ، الهداية شرح بداية المتهدي ج ٦/٢٠٣ وما بعدها ، مطبوع مع شرح فتح القدير والمنايا وحاشية سعدى ، الخفيف - المنافع / ١١٣ وما بعدها من صفحات .

(٢) انظر المراجع السابقة .

الوقف عند ابي حنيفة رضى الله عنه - غير لازم بمنزلة المارية ويستثنى من ذلك ما اذا حكم حاكم بلزومه او لعله الواقف بموته واما عند ابي يوسف ومحمد رضى الله عنهما فلازم . ولكن ملكة المنفعة في الوقف على كلا الطرفين لا يكون الا مؤقتا فاذا اوقف شخص على اخر منافع داره مثلا . فللواقف الرجوع عن الوقف عند ابي حنيفة لانه غير لازم عنده . واذا مات الموقوف عليه قبل رجوع الواقف عاد الوقف اليه ولو مات الواقف وهو في يد الموقوف عليه عاد الى ورثة الواقف وورثته عنه كسائر تركاته فملك المنفعة في الوقف اذن مؤقت عند ابي حنيفة كما مارية .

اما عند ابي يوسف ومحمد : فالوقف وان كان لازما عندهما الا ان ملكية الموقوف عليه للمنافع تنتهي بوفاة لانه لا يملك الا المنفعة والمنافع عند الاحياء لا تورث فاذا انتقلت المنفعة الى اعيان الموقوف عليه فلا تنتقل اليهم على اساس انهم ورثوا المنفعة عن مورثهم وانما تنتقل اليهم باشتراط الواقف وحسب ما يوضع من نظام لان ملك الموقوف عليه للمنفعة انتهى بوفاة .

وعلى هذا فملك المنفعة في الوقف عند ابي يوسف ومحمد مؤقت ايضا ، ومن هنا

يتضح ان الاحناف ، في توقيت ملك منفعة الوقف متفقون سواء منهم القائل =

المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداءً من ملكه الموصى
بغير رضاه وذلك غير جائز * (١) .

ولا يكون التابيد في المارية لانها غير لازمة فلم يميز حق الرجوع عن المارية ففى
اى وقت شاء الا لمانع وللمستعير ان يرد المين المارة متى ما اراد ذلك ولو اطلق
المعير عقد المارية ولم يرجع عنه حتى مات هو او المستعير انفسخت الاعارة بمجرد
موت احدهما كسائر العقود الجائزة (٢) .

فلما كان الاصل عند الاحناف في الجملة توقيت ملك المنفعة لم يحتاجوا الى الاتيان
به كقيد في تعريف المارية .

اما الملكية فلما كان تملك المنفعة عند هم يكون مؤقّتا اذا حدد له وقت معين
ويكون مؤبدا اذا ما جمل كذلك فيثوارثونه حينئذ الخلف عن السلف كما تتوارث الاعيان
كان من الواجب الاتيان بهذا القيد ليشمى تصرّفهم مع اصلهم في تملك المنفعة
فيخرج به تملك المنفعة المطلقة . (٣)

== يلزم الوقف او القائل بعدم لزومه .

انظر في هذا المراجع التالية : للرغيباني - الهداية ج ٢٠٤/٢٠٣/٦ مطبوع
مع شرح فتح القدير/ البابرى - العناية ج ٢٠٤/٢٠٣/٦ مطبوع شرح القدير
ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٢٤٢/٢٢٣/٢٠٠/٦ وما بعدهما من
صفحات .

- (١) داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملقى الابحرج ٢١٥/٢١٤/٢
- (٢) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١٤٤/٨٤/٥ ابن عابد بن - قرّة
عيون الاخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار ج ٤١٣/٨ وانظر الدر ايضا
في نفس الصفحة من التكملة .

- (٣) الدردير - الشرح الكبير ج ٣٩٨/٤ مطبوع بها. وفي حاشية الدسوق شرح
الزرقانى على مختصر خليل وحاشيته البناتى بها مشه ج ١٩٧/٨ حاشية الرهونى
على شن الزرقانى لمختصر خليل ج ٢٨١/٨ محمد عيش شرح منح الجليل
على مختصر خليل ج : ٤٨٧/٣

وعلى هذا فلا خلاف بين الاحناف ، والمالكية ، في تعريف المارية بالذات
وانما الخلاف في تملك المنافع بوجه عام .

فلاحناف يقولون بان الاصل في تملك المنافع التوقيت فقط ، اما المالكية فذهبوا
الى ان التوقيت والتابيد ^{بحريان} يجري في تملكها والكل متفق على ان المارية لا تكون الا مؤقتة
بزمان او عمل نما احرثا ، فاني المالكية بتعبد (مؤقتة في التصريف) لاجراج المنافع
المطلقة ولم يصح به الاحناف لان ملك المنافع عندهم لا يكون الا مؤقتا .

وأما الشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية فيتعقون مع المالكية في ان ملك
المنافع يجري فيه التوقيت والتابيد الا انهم لم يأتوا بهذا القيد في التعريف لان المارية
عندهم اباحة لا تملك كما هو واضح من تعريفاتهم للمارية (١) . والاباحة عند
الشافعية لا تكون الا مؤقتة ، لان الاباحة اذن بالانتفاع و مجرد الاذن بالانتفاع
لا يخرج المنفعة عن ملك الاذن فما انتفع به المأذون ملكه وما لم ينتفع به فهو باق على
ملك الاذن فاذا انتهى الاذن بانتهاء امده ان كان له احد او رجع مصدره عنده
او توفي انتهت الاباحة وطل الحق فاباحة المنفعة اذن لا تكون الا مؤقتة فلا
يجري فيها التابيد عند الشافعية ولهذا استغنى الشافعية والحنابلة والشيعة والزيدية
بلفظ الاباحة عن ايراد قيد الملكية وكذلك لا يثبت حزم ايضا ، سواء اكان ممن يقبل
بتوقيت ملك المنفعة أولا ، لان المارية عندة اباحة وللمبيع عنده ان يرجع عسمن
الاباحة في اى وقت شاء ذلك . (٢)

(١) انظر ص ١١١ من هذه الرسالة

(٢) السيوطي - الاشياء والنقائص ٣٢٦/٣٢٧ ، الشيرازي - المهذب ج ١/ ٣٧٠
حاشية الحاج ابراهيم على الانوار لاعمال الابراج ١/ ٥٢٤ ابن رجب -
القواعد في الفقه الاسلامي ١٩٦ / القاعدة (٨٦) البهوتي - كشف القناع
ج ٢٣/ ٦٥٤ ج ١٧٢/ ٥٠ ابن حزم - المحلى ج ١٦٣/ ١٦٩ -
الخفيف - المناقب ١٢٦/ ١٢٧ مذكور نظرية الاباحة عند الاصوليين والشافعية
٥٢٥٤

ثالثا : يلاحظ من خلال التعريفات السابقة للمارية ، أن كلا من

الاحناف والمالكية متفقون على أن المارية تملك للمنفعة بتغير عوض وإلى هذا ذهب الحنابلة في أحد الوجهين عنهم والماوردي عن الشافعية (١) . وخالفهم في ذلك الشافعية فقالوا : المارية اباحة الانتفاع ، ووافقهم الحنابلة على ذلك في أحد الوجهين عنهم وإلى هذا ذهب الكوفي من الاحناف ، وابن حزم الظاهري والشيعة الزيدية (٢) . وما استدلل به للقاتلين بأن المارية اباحة ما يلي :

١ - أن الإجماع على جواز عقد المارية من غير أجل دليل على أن المارية اباحة لامتلاك إذ لو كانت المارية تملك لما جازت من غير أجل كالأجارة لأن التملك يقتضى أن تكون المنافع معلومة ، فتملك المجهول لا يصح ، والمنافع لا تكون معلومة بدون ضرب مدة معينة لاستيفائها ، ولما كان ضرب المدة لا يعتبر شرطا لصحة عقد المارية كان تملك للمجهول (٣) .

ويمكن أن يناقش هذا بأن الإجماع على جواز المارية صحتها من غير أجل لا يمنع من أن تكون التملك المنفعة لأن الأجل إنما كان شرطا في تملك المنافع دفعا للجهالة التي قد تفضى بالمتعاقدين إلى المنازعة والخصام ، وعلى هذا فكل جهالة في المقد لا تؤثر في المنازعة بين المتعاقدين لا تعتبر شرطا لصحة العقد وبالتالي فالنوجب فساد .

(١) انظر وص وص من هذه الرسالة . حاشية عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤٠٩/٥ . مطبوع مع حاشية ابن قاسم المهادي على تحفة المحتاج .

(٢) انظر وص وص وص من هذه الرسالة وانظر السرخسي - البسوط ج ١٣٣/١١ .

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٨٩٨/٨ - الهابري - النهاية على الهداية ج ٤/٩ مطبوع مع كلمة شرح فتح القدير والهداية وحاشية سميد أفندي

يمكن استدراك الإباحة والمصلحة في بعض أحكام المارية

وجها لة المدة في عقد المارية المطلقة جهالة لا تؤدي بالمتعاقدين " المميز
والستيمير " الى النزاع والخصومة فيما بينهما لان المارية كما هو معروف عقد
تبرع غير لازم فلكل واحد من المتعاقدين فيه حق الرجوع عن العقد في اى وقت
اراد في الجملة .

بخلاف عقود الماوض كالاجارة ونحوها ، فانها عقود لازمة والتالى
فالجهالة فيها قد تؤدي الى النزاع بين المتعاقدين ومن هنا كان بيمان
الاجل فيها شرط لصحة العقد .

مع أن المناوغة من جراء الجهالة كلما امتدت حتى ولو في عقود الماوض صحت
المقد مع الجهالة كما في الاجارة على الخياطة حيث صحت من غير ضرب
المدة .

ومن هنا يتبين ان الجهالة في عقد المارية امر لا يدل على انها اباحة (١)

ب - الاجماع على ان للمستاجر ان يؤجر المين التي استاجرها لتملكه للمنفعة
فلو كانت الاعارة تملوكا للمنفعة لجاز للمستعير ان يؤجر المين المعارة
كما في الاجارة . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا بان عدم ملك المستعير لتاجير المين المعارة امر
لا يمتنى ان الاعارة لامتاحة لامتليك ، وبيان ذلك ان المارية عقد غير لازم
والاجارة عقد لازم ، فلملك المستعير لتاجير المين المعارة لادى هذا

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٨٩٩/٨ - الزيلعي - تبين

الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥

(٢) البابرتي - العناية على الهداية ج ٤/٩ الكاساني - بدائع الصنائع

ج ٣٨٩٨/٨

الامر الى لزوم عقد المعاينة وفي لزومها ضرر بالمعير مع ما في ذلك من مخالفة لاصل عقد المعاينة . ومن هنا لم يملك المستعير الاجارة مراعاة لحق المعير لا كونها اباحة (١) . " اذ أن المعير انما يملك المستعير المنفعة على وجه يتمكن به من استرداد المدين المعاينة فهو دائر ماله واستاجر دابة او شاة ليس له ان يؤجر من غيره وان ملك منفعة للبس ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك ففي الاجارة من غير ما ضرر بالآخر .

فان قيل : كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير ففى الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة .

قلنا : لو ملك المستعير الاجارة . كان ذلك من مقتضيات عقد المعير . وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك " (٢) .

ج - ان المنافع اعراض تحدث شيئا فشيئا فهي اذ نحل المقد عليها معدومة وهي هذا فالقياس ياتي تهليكها لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان (٣) ، اما الاجارة فانما صحت على خلاف القياس للضرورة الملحة لها

(١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥
مطبوع بهامش تبیین الحقائق .

(٢) السرخسى - المبسوط ج ١١/١٣٤

(٣) جاء في نيل الاوطار قوله : " عن حكيم بن حزام قال : قلت : يا رسول الله ياتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما ابينه منه ثم ابتاعه من السوق فقال : لا تنسج ما ليس عندك " رواه الخمسة . والحدیث اخرجه ايضا ابن حبان في صحيحه وقال الترمذی : حسن صحيح . وقد روى من غير وجه عن حكيم . انتهى . وفي بعض طرقه عهد الله بن حصمة نعم عبد الحق انه ضعيف جدا . ولم يعقبه ابن القطان بل نقل عن ابن حزام انه مجهول : قال الحافظ : وهو جرح مردود فقد روى عنه ذلك ثلاثة كما في التلخيص . وقد احتج به النيسابى . وفي الباب عن عمرو بن شبيب عن ابيه عن جده عن ابي داود والترمذی وصححه والنسائى وابن ماجه " انظر الشوكانى نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٥/٢٥٢/٢٥٣ .

ومن هنا احتسبت منافعتها بوجود عقد المقد وأما المارية فلا ضرورة لها
تلقى الى ذلك ، فظلت المنافع فيها على الاصل . (١)

وناقش الكاساني هذا فقال : " وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا : نعم
لكن هذا لا يمنع جواز العقد كباقي الاجارة وهذا لان المقد الوارد على المنفعة
عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينمقد في حق الحكم الا عند
وجود المنفعة شيئا فشيئا على حسب حدوها فلم يكن بيع المدم ولا بيع
مال ليس عند الانسان " (٢) .

والقول بعدم الاضطرار الى المارية ربما كان قولاً يخالف واقع الحياة اذ قد
يغضطر الانسان الى المارية اضطراره الى الاجارة .

د - ان من حق المميز في الجملة ان يامر المستمير بالكف عن استعمال المميز
المعاره وردها اليه في اى وقت شاء وفي هذا دليل على ان المارية اباحية
لاتملك اذ لو كانت تملك لما ملك المميز ذلك كما في عقد الاجارة حيث لا يملك
المؤجر امر المستاجر بالكف عن استعمال المميز المؤجرة قبل انتهاء مدة
الاجارة " (٣)

ويمكن ان يناقش هذا بان ملك المميز للنهي عن استعمال المميز المعاره ففى
اى وقت اراد لا يملك دليلاً على ان المارية اباحية لان صحة نهى المميز عن
الانتفاع فى اى وقت انما هو لجواز العقد لا لكون المارية اباحية بخلاف الاجارة

(١) الكاساني - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٨٩٩

(٢) المرجع السابق ج ٨ / ٣٨٩٩

(٣) الهابرق - المنايا على الهداية ج ٩ / ٤ مطبوع من كلمة شرح فتح القدير والهداية
وحاشية سعدى .

فالنهي عن الانتفاع قبل مضي المدة لا يصح للزيم المقدر للمجرد كونها
تمليك (١) مملوكة

هـ - ان المارية تنمقد بلفظ الاباحة ، فلو كانت تمليكا لما انمقدت به هذا
اللفظ لان التمليك لا ينمقد بلفظ الاباحة . (٢)
ويمكن ان يناقش هذا بان انمقاد المارية بلفظ الاباحة على سبيل الاستمارة
كانمقاد الاجارة بلفظ الاعارة فالمبرة في المقود للمعاني لا للالفظ
واللهاني . (٣)

وهلى هذا فالذى يظهر لى ان المارية تمليك كما حوراي الاحناف ومن معهم من
القهاء لا اباحة وذلك لقوة ادلتهم في الجملة وهى كما يلى :

أ - ان التمليك فى الفقه الاسلافى نوعان ، تمليك بموخر وتمليك بدون عوض بلا خلاف
بين القهاء فى ذلك ثم ان التمليك يجرى فى اعيان الدال والقياسان يجزى
ايضا فى منافعه بجامع دفع الحاجة فى كل .
فاذا كانت منافع الاعيان مما يجوز فيه التمليك جاز ان يكون التمليك فيها بموخر
ودون عوض اذ ليس قبولها لاحد نوعى التمليك باولى من الاخر فكل ما جاز فيه
التمليك يدل جاز فيه التمليك بدون بدل الا النكاح ، وهلى هذا فكما يتصور

-
- (١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣/٥
مطبوع بهامش تبين الحقائق للزيمى .
(٢) الهابرتى - العناية على الهداية ج ٤/٩٦ مطبوع مع تكملة فتح القدير والهداية ،
وحاشية سعدى .
(٣) حاشية شهاب الدين احمد الشلبى على تبين الحقائق ج ٨٣/٥ مطبوع بهامش
تبين الحقائق .

تمليك الاعيان ببدل كالمبيع وتمليكها بدون بدل كالمهبة ، يتصور تمليكها
منافستها ببدل كالاجارة ودون بدل كالمارية . (١)

ب - ان رضا المبيع بانتفاع المستثمر بالمعين المأجور تسليط له على تحصيل المنافع
وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسلط على هذا الوجه يعتبر
تمليكا كما في الاعيان (٢) .

ج - ان للمستثمر ان يصير ما لا يختلف باختلاف المستثمرين ولو كان ^{اباحه} اباحه لما جاز له
ذلك لان الهلاك له لا يملك الاباحه لغيره . (٣)

د - ان لفظ المارية لفظ ينشأ عن تملك المنفعة لانها مأخوذة من المارية
وهو لفظ يطلق عند الفقهاء ويراد به تملك الثمار بدون عوض .

ولما كانت المارية في المنافع وهي مأخوذة من لفظ يقتضى التملك انها هـ
الامر عن ان المارية ايضا هـ تملك هـ غير انه تملك في المنافع لافي الاعيان . (٤)
قال شهاب الدين احمد الشلبى : " فالمرية والمارية احدهما مشتق من الاخر
لكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا ان تملك الاعيان مرية وفي تملك المنافع مارية

(١) المرعيتاني - الهداية على بداية المبتدى ج ٥ / ٤ / ٩ / مطبوع مع كملة فتح القدير
والعناية وحاشيته سعدى افندى - الزيلعى تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

ج ٨٣ / ٥

(٢) الكاسانى بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٨٩٩ / ٨ /

(٣) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢٨٠ / ٧ /

(٤) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٣ / ٥ /

فدل على ان المارية تمليك لا اباحة" (١) وانمقاد المارية بلفظ التمليك يعبر
هذا الامر قوة اذ لو قال المميز : ملكتك منفعة هذه السيارة شهرا كان هذا
التصرف اعارة . (٢)

ويمكن أن نناقش هذا بعدم التسليم بان العارية مأخوذة من العرية بل ربما
كانت مأخوذة من المار كما في الصحاح او من المارة كما ذكرت في المغرب او من التماور
كما قال ذلك في الميسر او من عرا يمر و كما ذكر بعض المالكية .

وهل هذا فلا يثبت انها لفظ المارية عن التمليك بادعاء انها مأخوذة من العريضة
مهاورد مخالفا لذلك عن بعضائمة الفقه واللغة .

واما انمقاد المارية بلفظ التمليك فلا يدل على انها تمليك لا اباحة لجواز
أن يكون لفظ التمليك في المارية على سبيل الاستمارة كانمقاد الاجارة بلفظ الاعارة (٣)

ثمرة الخلاف بين الفريقين :

وتمرة الخلاف بين الفريقين ، في عقد المارية ، أهو تمليك ، أو اباحة
تبدو في حكم اعارة المستمير لغيره . فمن قال بان المارية تمليك المنفعة اجاز
للمستمير ان يميز غيره . اذا كان المعار ما لا يختلف باختلاف المستميرين . ومن
قال بانها اباحة انتفاع لم يجز للمستمير الا الانتفاع بنفسه فقط فلا يجوز له ان يميز

(١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج ٨٣/٥ مطبوع بهامش

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزلي

(٢) المرجع السابق ج ٨٣/٥ .

(٣) قاض زاده - نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ، تكملة شرح فتح القدير

ج ٤/٩ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣/٨٨٠

غيره لان المباح له لا يملك الا حق الانتفاع الشخصى فمن ابيع له طعام لا يملك الاباحة
لغيره وانما له الاكل فقط * (١) * والله تعالى أعلم .

راجعاً - يلاحظ ان كلا من الشافعية والحنابلة قد اشترطوا ان تكون المين المعمارة
ما يحل الانتفاع به وان يكون مما يبقى بعد استيفاء المنفعة لترد الى المميز
وجعلوا هذين الشرطين ضمن قيود تعريف المارية عندهم * (٢) .

بينما لم يصرح بها كلا من الاحناف والمالكية والشيعة والزيدية وابن حزم الظاهري
مع أنهم يتفقون مع الشافعية والحنابلة في اشتراط ذلك * (٣) .

ولعل من ترك ذكر هذين الشرطين ، كقيد ين في التعريف ، قد اكتفى في نفسه
ببعض صفات عقد المارية دون البحث الاخر وراى انه قد تميز عن غيره بما ذكره
من قيود فلا داعى لذكر جميع الصفات طالما ان المعرف قد اتضح ببعضها

(١) ابن نجم - البحر الرائق - شرح كنز الدقائق ج / ٢٨١ / ٢ ، الدردير - الشرح
الصغير ج / ٢٠٦ / ٢ مطبوع بهامش بلفه السالك للصاوى - الرافعى فتح العزيز
شرح الوجيز ج / ٢١٠ / ١١ مطبوع متكلمة المجموع للسبكي ابن مفلح - المبدع شرح
القننج ج / ١٤٦ / ٥

(٢) انظر ص ص من هذه الرسالة .

(٣) ابن نجم البحر الرائق - شرح كنز الدقائق ج / ٢٨٢ / ٢ - الحصكى - الدر المختار
متكلمة حاشية ابن عابدين عليه ج / ٣٨٣ / ٨ الزيلعى ، تبين الحقائق شرح كنز
الدقائق ج / ٨٩ / ٥ ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢٠٦ / ٢ مطبوع بهامش
بلفه السالك - الجملى سراج السالك شرح اسهل السالك ج / ١٦٧ / ٢ الشاذلى
كفاية الطالب الربانى ج / ٢١٩ / ٢ مطبوع بهامش حاشية العدوى شرح الزرقانى
على مختصر خليل ج / ١٣٦ / ٦ - المرتضى - البحر الزخار الجامع لهذا اهل علماء
الاصار ج / ١٢٨ / ١٢٦ / ٥ - ابن حزم المحلى ج / ١٦٨ / ٩ - مسالة (١٦٤٩)
١٦٥ مسالة (١٦٥٠) ج / ١٩٢ / ٨

اذ قد يكفى باهم صفات المعرف او بما يحصل به تمييزه عن غيره ، ومن هنا ذكر كل فريق من الفقهاء اهم القيود عنده في التعريف ، وترك الباقي لوضوحه وعدم الخلاف فيه .

خامساً -

مما يلاحظ على تعريف المالكية والاحناف لمقد العارية انه قد ترد عليه الوصية بالمنفعة وذلك كما لو اوصى شخص لآخر بسكنى داره بعد موته حيث يصدق عليها حينئذ تعريف العارية عندهم لانها تملك منفعة بشئ عرض والعارية كذلك مع ان هذا التصرف لا يسمى عارية فلا يكون تعريفهم مانعاً لذلك . (١)

ويكن ان يجاب عن هذا بان المقصود من التملك في العارية التملك في الحال نال تعريفها المال الذي ملكته منفعة في الحال بشئ عرض او تملك منفعة في الحال بشئ عرض بخلاف الوصية فان المقصود من التملك فيها بعد الموت لا في الحال . (٢)

سادساً - قد يرد على تعريف الاحناف للعارية ، هبة المنفعة وذلك كما لو كان الشخص في عرصة رجل (٣) اخر حق مرور مجرد عن رقبة الطريق وذهب ذلك الشخص حق مروره هذا الى صاحب الممرضة صحت الهبة . ولما كانت هذه المعاملة هبة منفعة بشئ عرض ، كانت داخلية في تعريف العارية ولم يكن التعريف مانعاً لذلك .

(١) الخادمي - الخاشية على الدرر والشرر / ٣٨٢ ، على حيدر - درر الحكم

شرح مجلة الاحكام ج / ٢٠١ / ٢ مادة (٢٦٥) .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) الفرصة ، بفتح الميم وسكون الراء وفتح الصاد : ساحة الدار والبقة الواسعة

بين الدور لابتناء فيها - الزيات - المعجم الوسيط ج / ٥٩٩ / ٢ مادة (عرض) .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض ، بأن المقصود من التملك في المارية التملك بطريق الجواز أى بان يكون للملك حق الرجوع متى شاء والمقصود من هبة المنفعة في هذه المسألة الهبة على التابيد أى هبة حق المرور بسدا فلا تكون داخلة في هذا التعريف .

ثم ان لفظ (ملك أو تملك) الوارد في تعريف المارية عند الاحناف لاخراج هذه الهبة منه لانها عند الاحناف اسقاط لتمكن وهذا تكون هذه الهبة خارجة بلفظ " تملك " (١) .

واما المالكية فقد يرد على تعريفهم هذا الايراد ايضا ، خاصة وان هبة المنفعة في الارفاق عندهم يجرى فيها التابيد والتوقيت (٢) كما قد يرد عليه ايضا الوقف المؤقت بناء على المشهور عندهم من انه يجوز في الوقف التوقيت (٣) فلا يكون قولهم في تعريف المارية : " تملك منفعة مؤقتة بشئ عرض ، مانعا لدخول هبة المنفعة في الارفاق المؤقتة . ولا لدخول الوقف المؤقتة ايضا . ويمكن ان يدفع هذا الاعتراض بان المراء بقولهم : " مؤقتة " في تعريف المارية أى مؤقتة أصالة فالاصل في المارية التوقيت ولذا جعل فصلا منها .
واما الوقف فالاصل فيه الدوام ، ولذا اختلف فيه اذا وقت هل يصح ام لا .
والراجع عند المالكية صحته كما ذكر ذلك الدردير (٤)

(١) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢٠١/٢ مادة (٢٦٥) المولى

موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامية ج ١٠٨/٤

(٢) التسولى - البهجة شرح التحفة ج ٢٥٢/٢٥١/٢

(٣) المرجع السابق ج ٢٧٥/٢ الدردير - الشرح الصغير ج ٢٠٥/٢ مطبوع بهامش

بلفظة السالك

(٤) المرجعين السابقين

سابعاً : يلاحظ أن المالكية يرون أن الإخدام عارية صحيحة لدخولهم
في تصرف المارية في اصطلاحهم إذ أن الإخدام : تمليك خدمة الرقيق حياة المغطي
بغير عوض فهو إذن : تمليك منفعة مؤقتة غير عوض فكان داخلاً في تصرف
عقد المارية حينئذ .

والى هذا ذهب الاحناف والحنابلة لان قول المعير : اخذ منك عبيدى
اذن في استخدام العبد والمارية سواء كانت تمليكا او اباحة : اذن باستخدام
المعين المارة فكان الإخدام حينئذ عارية . (٢) وهذا ظاهر ما ذهب اليه
الشافعية والشيعة الزيدية .

أما الشافعية ، فلانهم يرون أن المارية تنمقد بكل لفظ يدل عليهم
فإذا كان المراد بالإخدام : الاذن في الاستخدام في عرف الناس فقد دل حينئذ
على ارادة عقد المارية ، اذن أن المارية عندهم : اباحة المنفعة والاباحة
اذن بالانتفاع بالشيء واستهلاكه كما سبق بيان ذلك ولا اثر لتجديد ذلك بممر
المخدم لان المارية عندهم جائزة وان اقتت . (٣)

(١) انظر : ص من هذه الرسالة .

(٢) ابن عابدين - حاشية قرعة بيون الاخبار تركلة رد المختار ج / ٣٨٦ / ٨ ، واماد

افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٣٤٧ / ٢ . ابن نجم - البحر

الرائق شرح كنز الدقائق - ابن مفلح - المصدع في شن القنن ج / ٣٧٠ / ٥

المهتوي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣٠٦ / ٤ . المرداوي - الانصاف

في معرفة الراجح من الخلاف ج / ١٣٥ / ٢ / ١٣٦

(٣) الرطبى - نهاية المحتاج الى شن المنهاج ج / ١٢٢ / ٥ ، الرافعى - فتح

الميزيز شرح الوجيز ج / ٢١٤ / ١١ . مطبع مخمكة المجمع شرح

المهذب . وانظر ص من هذه الرسالة .

من الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية وابن حزم
الظاهرى * واليه ذهب من الصحابة على وجابر بن عبد الله وابن عمر
وابن عباس ومن التابعين شريح وساجد وطاوس والثوري *

القول الثاني : ان العمري غير مشروعة والثالثى فلا يجوز انشاءها
والى هذا القول ذهب داود الظاهرى ، وجماعة من الفقهاء ، وذلك
نظرا الى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " لاتعممروا
ولا ترقبوا " رواه احمد والنسائى * حيث دل النهى فى الحديث الشريف
عن العمري على عدم مشروعتها *

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان النهى فى الحديث الشريف عن
العمري والرقبى لم يرد به حقيقة النهى وانما اريد به اعلام المخاطبين
بان العمري تنقل ملكية الممين لا المنفعة كما يتوهمون فكانه يقول : ان اردتم
نقل ملكية المنفعة فلا تعممروا ولا ترقبوا فان الاعمار والارقاب ينقل ملكية
الممين فاحذروا من ذلك *

ويؤيد هذا سياق الحديث الذى ورد فيه النهى عن العمري والرقبى
اذ نصه كاملا : " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لاتعممروا
ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا او ارقبه فهو له حياته وماته " رواه احمد والنسائى *
" فلو اريد بالنهى عن العمري والرقبى حقيقة النهى * لم يمنع ذلك صحتها
فان النهى انما يمنع منه ما يفيد النهى عنه فائدة * اما اذا كان صحة
النهى عنه ضررا على مرتكبه لم يمنع صحته كالتطاول فى زمن الحيف
وصحة العمري ، ضرر على المعمار فان ملكه يزول بشهر عوضه * "

ومن هنا فالذى يظهر لى ان الراجح جواز العمري والرقبى كما هو رأى جمهور
الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام : " العمري جائزة لاهلها والرقبى جائزة
لاهلها " رواه ابوداود والترمذى وقال حديث حسن *

ولقد خالف الجمهور المالكية في ذلك ، فذهبوا الى ان العمرى هبة للعمرى
لا عارية الا ان يرضى منهم فصل فذكر ان من العمرى ما يعتبر هبة للعمرى ومنها ما يعتبر
عارية او في حكم العارية. (١)

== انظر : ابن قدامة - المثنى ج ٦٨/٦ - ابن مفلح - الصمد فسى
شرح المقنع ج ٥/٣٦٨/٣٦٩ - الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز
الدقائق ج ٥/٩٢/٩٣ - الموصلي - الاختيار لتعليل المختار ج ٣/٢٦
ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٣ - التسولي - البهجة فسى
شرح التحفة ج ٢/٢٤٩/٢٥٠ .

المشوازي - المذهب ج ١/٤٥٥ - الرزلي - غاية البيان شرح - زيد
ابن ارسلان / ٢٣٢ .

الشركاني - نيل الاوطار لاحكام سيد الاختيار ج ٦/١١٨/١١٩ شرح
الرقاني على موطا مالك ج ٤/٤٨٠ .

(١) ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨/٤٣٠ -
الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨/٣٦٢٢/٣٦٢٣ ، داماد
افندي - مجمع الانهر شن ملقى الابرج ج ٢/٣٥٥ - الرزلي - نهاية
المحتاج الى شن المنهاج ج ٥/٤٠٦/٤٠٧ ، الاردبيلي -
الانوار لاعمال الابراج ج ١/٦٥٨/٦٥٩ ، الشربيني - الاقناع فسى
حل الفاظ ابي شجاع ج ٣/٢٢٧ - ابن قدامة - المثنى ج ٦/٦٨/٦٩
ابن مفلح - الصمد فسى شرح المقنع ج ٥/٣٦٨/٣٦٩ ، المداوي - الانصاف
في معرفة الراجح من الخلاف ج ٧/١٣٤/١٣٥ ، ابن حزم - المحلى
ج ٩/١٦٤ وما بعد هام من صفحات مسألة رقم ١٦٤٨ ، المرتضى - البحر
النفار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٥/٥٤٤ .

ومن صور العمرى عند جمهور الفقهاء : أن يقول المتبرع عمرتك دارى هذه ،
او هي لك عمرى او ما عشت او مدة حياتك ، او ما حييت ، او عمرى لك
ولعقبك من بعدك او نحو ذلك وسميت عمرى لتقيد هابا العمر .

.....

== وبلاحظ هنا ، أن قول المتبرع اسكنك هذه الدار او وهب لك سكناها او استغللها او سكنى هذه الدار لك عمرك او اسكنها عمرك ونحو ذلك لا يعتبر عند جمهور الفقهاء من العمري وإنما ذلك هبة لمنفعة الممين وهي هبة غير لازمة عندهم فيجوز للمتبرع استرداد العين التي وهب منفعتها متى اراد وان رقت لذلك وقتا معيناً .

والمالكية هنا : يتفقون مع الجمهور في اعتبار هذا التصرف هبة للمنفعة الا انهم يعتبرونها هبة لازمة ويسمونها عمري . وهذا راجع الى ان القاعدة عند المالكية ان من التزم نفسه معروفاً فقد لزمه . فاذا قال المتبرع : سكنى هذه الدار لك عمرك . فقد التزم بالتبرع بمنفعة الدار عمر المتبرع له فيلزمه ذلك .

وواضح ان تسميتهم لهذا التصرف عمري راجع الى ان العمري عندهم : هبة منفعة الممين حياة الموهوب له .

وانما ليسم جمهور الفقهاء هذا التصرف عمري لان العمري عندهم : هبة للممين لا للمنفعة .

وهب الحسن وهطاء وقناعة : الى ان هذا التصرف كالعمري على اعتبار العمري هبة الممين فيكون المراد به (التبرع بالرقبة لا بالمنفعة قالوا : لانه في معنى العمري فيثبت فيه مثل حكمها .

وحكى عن الشيباني : أن المتبرع اذا قال : هذه الدار لك اسكن حتى تموت فهم له حياته وصحة . وان قال : داري هذه اسكنها حتى تموت فانهم ترجع الى صاحبها لانه اذا قال : هي لك فقد جعل له رقبتهما فتكون عمري . فاذا قال : اسكن داري هذه فانما جعل له نفعها دون رقبتهما فتكون عاريه قال ابن قدامة مناقشا ادلة من خالف الجمهور في هذه المسألة ، " ان هذا - التصرف اباحة المناقح فلم يقع لازماً كالعمارة ، وفارق

والخلاف بين جمهور الفقهاء والمالكية في هذه المسألة ، راجع الى خلافهم في العمري هل هي لنقل ملكية الممين او لنقل ملكية المنفعة او انها قد تكون لنقل ملكية الممين في حال ولنقل ملكية المنفعة في حال اخرى .
وفيما يلي تفصيل اراء الفقهاء في ذلك :

القول الاول : ان العمري تنقل ملكية الممين الى المتبرع له سواء اكانت مطلقة كما اذا قال المتبرع : اعطيتك هذه الدار او محقة كما اذا قال : هذه الدار لك عمري ولتقبلك من بعدك . وسواء اشروط المتبرع رجوع الممين اليه اولا لم يشترط ذلك . والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء (١) .

العمري فانها هبة للرقبة . فاما اذا قال : هذه لك اسكنها حتى تموت فانها يحتمل لك سكنها حتى تموت وتفسرها بذلك دليل على ان اراد السكنى فاشبه بالوقال هذه لك سكنها واذا احتمل ان يريد به الرقبة واحتمل ان يريد السكنى فالتزيل ملكه بالاحتمال "

ولعل رأي الجمهور هنا هو الراجح لما ذكره ابن قدامة رحمه الله . والله أعلم .
انظر : ابن قدامة - المننى ج / ٦٨ / ٧١ / ٧٢ ج . البهوتي : كشاف القناع ج / ٣٠٩ / ٤ . المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٧ / ٩ مطبوع من العناية وشكلا فتح القدير وحاشية سعدى . شن الهرورى على كثر الدقائق ج / ١٣٩ / ١٤٠ / - المرتضى - البحر الرخاير الجامع لمذاهب علماء النصار ج / ١٤٦ / ٥ .

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كثر الدقائق ج / ٢٨٥ / ٧٢ . الميداني - اللباب في شن الكتاب ج / ١٧٨ / ٢ . الانصارى . شرح المنهج وسه حاشية الجمل ج / ٥٩٧ / ٣ . المحلى شرح منهاج الطالبين مع حاشيتي القليوبي وميسره ج / ١١١ / ٣ . ابن قدامة - المننى ج / ٦٩ / ٦٨ / ٦٩ . ابن مفلح - المبدع في شرح القناع ج / ٣٦٩ / ٣٦٨ / ٥ . ابن حزم - المحلى ج / ١٦٤ / ٩ .

مسألة رقم ١٦٤٨ . ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج / ٢٣٨ / ٥ / ٢٣٩

القول الثاني : ان العمري لا تنتقل الا ملكية المنفعة فقط سواء اكانت مطلقة او مقببة . والى هذا القول ذهب المالكية (١) بذلك نظرا لما ياتى :

١- قال الله تعالى : " هو اشياكم من الارض واستعملكم فيها " (٢) اى جعلكم عمارها وسكانها . قالوا : فكان كذلك كل من اعمر عمري انما يملك المنفعة فقط دون المين . (٣)

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال بما ناقشه بسبه ابن حزم الاندلسى حيث قال ما معناه : " ان هذه الاية اعمد شىء عما قالوا به لوجوه :

اولها : انهم : قاسوا حكم الناس على حكم الله تعالى فيهم . وهذا باطل لان الله تعالى لا يسأل عما يفعل وهم يسألون . فلا يجوز قياس المخلوق على الخالق .

وثانيهما : اننا لا ننازعهم فيمن اعمر امر مالا له ولم يقل الله تعالى : قد اعمرتكم الارض . انما قال : انه استعملنا فيها بمعنى انه عمرنا بالبقاء فيها مدة وليس هذا من العمري فى ورد ولا صدر .

== ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢/ ٣٣١/ ٣٣٢ .

(١) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٣ - الدردير الشرح الصغير ج ٢/ ٣٢٠ / ٣٢١ مطبوع بهامش بلغة المسالك . النفراوى - الفواكه الدواني ج ٢/ ٢٢٢ .

(٢) سورة هود اية رقم (٦١) .

(٣) القرطبى - الجامع لاحكام القرآن ج ١/ ٥٦ . ابن حزم - المحلى ج ١/ ١٦٥ / مسألة رقم ١٦٤٨ . ابن حجر فتح البارى بفتح صحيح البخارى ج ٥/ ٢٣٨ / ٢٣٩ .

والشبا : ان هذه الآية لوجعلناها حجة عليهم لكان ذلك اوضح مما قالوه
وهوان الله تعالى بلا شك ابايح لنا بيع ممالكنا من الارض وجعلها لورثتنا
بمعدنا وهذا هو قولنا في الصمري لا قولهم * (١)

٢ - روى ابن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ورث من حفصة بنت عمر

دارها قال : وكانت حفصة تد اسكت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما
توفيت بنت زيد تبنى عبد الله ابن عمر المسكن ورأى انه له * (٢)

فدل اخذ ابن عمر للبيت بمعد ان ماتت بنت زيد بن الخطاب على ان السكنى
لتمليك المنافع لا لتمليك الاعيان والسكنى من الصمري (٣)

قال الزرقاني من المالكية بمعد ان ذكر هذا الاثر وذكر وجه دلالة
على الصمري : * لكن في التصيد - ان هذا الاثر المروي عن عبد الله

ابن عمر - مع ما رواه معمر بن ايوب عن حبيب بن ابي ثابت قال قال : سمعت

ابن عمر وسأله اعرابي * اعطى ابنه ناقة له حياته فانتجها فكانت له * قال : ^{فقال ابن عمر هي له حياته وموته}

ارايتم ان تصدق عليه * قال : فذلك احمده له * يدل على ان هذا
ابن عمر ان الصمري خلاف السكنى ولايه الاكثر * أ. هـ (٤)

(١) ابن حزم - المحلى ج ١٦٦/٩ مسألة رقم ١٦٤٨ .

(٢) هذا الاثر رواه مالك عن نافع في الموطأ . انظر شرح الزرقاني على موطأ

الامام مالك ج ٥٠/٤٩/٤ .

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق ج ٥٠/٤

قلت : وقد سبق قبل قليل في حاشية هذه الرسالة : ان السكني عنده
 جمهور الفقهاء ، هبة للمنفعة وعليه فهي في حكم الحاربة خاصة عند من يقول
 من الفقهاء ان الحاربة تمليك منفعة بلا عوض لا اباحة منفعة (١) .
 ولما كانت الحرة عند جمهور الفقهاء لتمليك الصبي والسكني لتمليك
 المنفعة فلا يستدل بالاثار المروية عن ابن عمر في السكني على العمري
 للفرق بينهما عند ابن عمر وعند الجمهور .

٣ - روى عن عبد الرحمن بن القاسم انه قال : سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد
 عن العمري ما يقول الناس فيها فقال القاسم : ما ادرت الناس الا على
 شروطهم في اموالهم وما اعطوا . (٢)
 أي انهم لا يلزمهم بالعمري الا ما ارادوه من تمليك المنفعة لا تمليك الذات
 قالوا وعلى هذا اجماع اهل المدينة (٣) . وقد ناقش ابن قدامة
 هذا الاستدلال بقوله : " وقد روى مالك حديث العمري (٤) في موطنه
 وهو حديث صحيح رواه جابر وابن عمر وابن عباس ومعاوية وابو هريرة
 وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين (٥) فكيف

(١) انظر : ص من هذه الرسالة

(٢) هذا الاثر اخبر به الامام مالك عن يحيى بن سعد عن عبد الرحمن بن القاسم
 عن مكحول الدمشقي عن القاسم بن محمد . انظر : شرح الزرقاني على الموطأ
 ج ٤ / ٤٩٠ .

(٣) المرجع السابق

(٤) انظر : شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك ج ٤ / ٤٨٠

(٥) من التابعين الذين ذكرهم ابن قدامة : شريح ومجاهد وطاوس والثوري . انظر

ابن قدامة - المثنى ج ٦ / ٦٨

في مخالفة سيد المرسلين ، ولا يصح انه يدعى اجماع اهل المدينة للذين قال
يقبل بها منهم وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان * (١)

٤ - قال ابراهيم بن اسحاق الحري عن ابن الاعرابي : لم يختلف العرب في العمري
والرقبي والافقار والاحبال والمنحة والعربة والعمارة والسكنى والاطسراق
انها على ملك اربابها ومنافعها لمن جعلت له . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا : * بان قول ابن الاعرابي : ان العمري عند العرب
تمليك المنافع لا يشر اذا نقلها الشرع الى تمليك الرقبة كما نقل الصلاة
من الدعاء الى الاعمال المنظمة ، ونقل الظهار والابلاء من الطلاق الى
احكام مخصوصة . * (٣)

٥ - لما كان تمليك الاعيان مما لا يجوز توقيته حيث لا يصح البيع الى مدة معينة
مثلا ، حمل التوقيت في العمري حينئذ على تمليك المنافع دون تمليك
الاعيان (٤) .

ويمكن ان يناقش هذا : بانه لما كان تمليك الاعيان مما لا يجري فيه التوقيت
ابدل الشرع توقيتها وجعلها ملكا مطلقا . (٥)

(١) المرجع السابق ج ٦٩/٦

(٢) المرجع السابق ج ٩٦/٦

- وانظر : القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ١/٢٩٩ .

(٣) ابن قدامة - المغني ج ٦٩/٦ بشئ من التيمم .

(٤) الموجع السابق ج ٦٩/٦ .

(٥) المرجع السابق ج ٦٩/٦ .

القول الثالث : ان العمري المقتبة تغيد تلك العين • وذلك كما اذا قال

المتبرع : هذه الدار للعمري ولعمليك من بعدك اما اذا كانت بقيدة بالعمري
او بغيره كما اذا قال : اعمرت هذه الدار ماعشت • فهي لتملك المنافع ان هي
حينئذ عارية صحيحة •

والى هذا القول : ذهب جابر بن عبد الله وهرة بن الزبير وابوشور وداود الظاهري
والقاسم بن محمد وزيد بن قسيط وابوسلمة بن عبد الرحمن وابن ابي ذئب وهو
احد قولى احمد والشيعة الزيدية • (١)

ومما استدلوا به على ذلك حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه حيث قال :
" انما العمري التى اجازها رسول المصطفى الله عليه وسلم ان يقول : هي لك
ولعمليك تاما اذا قال : هي لك ماعشت فانها ترجع الى صاحبها " (٢) - حيث
فارق فى الحديث بين العمري المقتبة والعمري البقيدة بالعمري ونحوه • فجمع
الاولى لتملك العين والثانية لتملك المنفعة •

وقد اجاب ابن حزم عن هذا الاستدلال حيث قال بعد ان ذكره : " لم نجد
لهم حجة غير هذا ولا حجتهم فيه لان المسند منه الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

(١) ابن حزم - المحلى ج ١٦٥/٩ مسألة رقم ١٦٤٨ - ابن قدامة - المغنى
ج ٧٠/٦٩/٦ - المرتضى - البحر الزخار الجامع لآداب علماء الامصار
ج ١٤٤/٥

(٢) هذا الحديث اخبره الامام مسلم فى كتاب الهبات باب العمري • ورواه ايضا
احمد وابوداود • انظر فى هذا : صحيح الامام مسلم ج ٦٨/٥ - الساعاتى
الفتح الربانى لترتيب مسند الامام احمد ج ١٥/١٢٦ مختصر سنن ابى
داود ووجه معالم السنن للخطابى والتهديب لابن القيم ج ١٩٦/٥ •
الشوكانى - نيل الاوطار ج ١١٨/٦ •

" انما العمري التي اجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يقول : هي لك ولعميقك " وأما باقى لفظ الخبر فمن كلام جابر ولا حجة في احد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد خالف جابر ههنا ابن عباس وابن عمر وغيرهم كما ذكرنا ذلك قبل . فانما في هذا الخبر حكم العمري اذا قال العمري : هي لك ولعميقك فقط . متى حكمه اذا لم يقل هذا الكلام لا ذكر له في هذا الخبر فوجب طلبه من غيره " (١) .

ومن هنا نالذي يظهر لي : ان العمري لتطبيق الاعيان لا لتطبيق المنافع سواء كانت محبة او مبغدة بالعمري كما هو رأي جمهور الفقهاء عليه فلا تكون العمري داخلة في تعريف عقد الحاربه خلافا للمالكية في ذلك .

وبما استدل به الجمهور على هذا ما يلي :

١- روى عبد النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " اسكوا عليكم اموالكم ولا تفسدوها فمن اعمر عمري فهي للذي اعمر حيا وميتا ولعميقه " (٢)

٢- وعن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من اعمر عمري فهي لمحمرة محياه ومماته ولا ترهبوا من ارقب شيئا فهو سبيل الميراث " (٣)

(١) ابن حزم - المحلى ج / ١٦٦ / ١٦٢ مسألة رقم ١٦٤٨

(٢) هذا الحديث أخرجه الامام مسلم في كتاب الوصايا باب العمري كما أخرجه الامام احمد بن حنبل في المسند . انظر صحيح مسلم ج ٥ / ٦٨ الساعاتي - الفتح الرباني في ترتيب مسند احمد ج ١٥ / ١٧٦ . الشوكاني نيل الاطراف ج ٦ / ١١٨

(٣) هذا الحديث رواه احمد وابوداود والنسائي وابن ماجه وابن حبان انظر : الشوكاني - نيل الاطراف لاحاديث سيد الاخيار ج ٦ / ١١٧ / ١١٨ الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١٢٩ الساعاتي - الفتح الرباني في ترتيب مسند الامام احمد ج ١٥ / ١٧٦ / ١٧٧ .

٣ - وعن جابر رضي الله عنه قال : " قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
بالمعمرى لمن وهبت له " (١)

٤ - وعن جابر رضي الله عنه : " ان رجلاً من الانصار اعطى امه حديقة من نخيل
حياتها فماتت فجاء اخوته فقالوا : نحن فيه شرع سواء " قال : فابى
فاختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثاً " (٢)
فدلّت هذه الاحاديث على اعتبار المعمرى لتطليك المين لا لتطليك المنفصة
حيث ذكر فيها ان المين المحمرة لمن تبرع له بها ولم يقبه من بعده " (٣)

(١) هذا الحديث أخرجه الامام البخارى في كتاب الهبة وضمها باب ما قيل فى
المعمرى والرقبى • كما أخرجه ايضا الامام مسلم فى كتاب النكاح • بسبب
المعمرى • انظر : صحيح الامام البخارى ج ٣ / ١٤٤ • صحيح الامام مسلم
ج ٥ / ٦٨ •

(٢) هذا الحديث رواه الامام احمد فى مسنده فى السنن وابوداود فى السنن والبيهقى
فى السنن الكبرى وسكت عنه ابوداود والمنذرى وقال ابن رسلان فى شرح
السنن ما نقله : وهذا الحديث رواه احمد ورجاله رجال الصحيح • اهـ • ويشهد
لصحة احاديث الباب المصرحة بان المعمر والمعمر يكون اولى بالمين
فى حياته وورثته من بعده •

انظر : الساعاتى - الفتح الربانى لترتيب مسند الامام احمد الشيبانى ج ١٥ /
١٢٦ / ١٢٧ - الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيرار
ج ٦ / ١١٨ / ١١٩ •

(٣) ابن قدامة - المثنى ج ٦ / ٦٩ - ابن حزم - المحلى ج ٩ / ١٢٧ - مسألة
رقم ١٦٤٨ •

٥ - " ان معنى الممرى : التملك فى الحال ، والمترج يجعلها للمترج لـ
مدة ممره ثم اذا مات ترجى اليه تصح التملك وظل الشرط لان الهبة
لا تبطل بالشرط الفاسدة . " والله تعالى أعلم .

تاسعة: يلاحظ ان الرقى (١) عند الامام ابن حنيفة ومحمد بن الحسن عارضة
صحيحة لاهية للمين . وعلى هذا فهى داخله فى تصرف العارية عندهما خلافا
لجمهور الفقهاء وابويوسف ومالك .

وبان ذلك ان للفقهاء فى الرقى ثلاثة اقوال :
القول الاول : ان الرقى كالممرى هبة للمين ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء
وابويوسف من الاحناف (٢) .

(١) جاء فى صحيح الترمذى ان تفسير الرقى ان يقول المرقب : هذا الشيء
لك ما عشت فان مت قبلى فهو راجعة الى . أ هـ .
وقيل ان الرقى ان يقول : ارقبك هذه الدار اوهى لك حياتك على انك
انمت قبلى عادتالى . وان مت قبلك فهو لك فكانه بقوله هى لآخرنا
موتا . انظر : صحيح الترمذى بشرح ابن الممرى ج ١٠٢/٦ - ابن
قدامة - المصنف ج ٦٨/٦ .

(٢) ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٢٤٠/٥ - ابن قدامة
المفتى ج ٢٠/٦ - المهملى كشف القناع عن متن الاقناع ج ٣٠٧/٤ -
الربلى - نهاية المحتاج الى شن المنهاج ج ٤٠٧/٥ - ابن حزم
الحلى ج ١٦٥/١٦٤/٩ مسألة رقم ١٦٤٨ . المرتضى - البحر
الزخار الجامع لفضاه علماء الامصار ج ١٤٥/٥ .

القول الثاني : ان الرقى عارية مهيبة لاهية للمعين . والى هذا القول ذهب ابو حنيفة ومحمد بن الحسن . (١)

ويستدلون على ذلك : " بما روى الشعبي عن شريح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وابطل الرقى " (٢) وشلهما لا يكذب .

ولان قوله دارى لك رقى تعليق التملك بالحذر لان معنى الرقى ان يقول : ان مت انا فملك نفسي لك . وان مت انت قبل نفسي لى . سقى الرقى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقى تعليق التملك بامر له خطر الوجود والعدم والتملكات مما لا يحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لانه دفع اليه واطلق له الانتفاع به ، وهذا معنى العارية " (٣)

ويمكن أن ينتمى هذا الاستدلال : بما سيأتى بعد قليل من احاديث دالة على كون الرقى لتملك الممين كالعمرى وذلك من طرق متعددة . وامّا الحديث المروى عن شريح فحديث غريب غير معروف كما قال ذلك الزيلعى

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٣٦٧٣/٩ ، الميدانى اللباب فى شرح الكتاب ج ١٧٨/٢/ المصنفين - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٥٥/٩ مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير والعناية وحاشية سعدى .

(٢) هذا الحديث ذكره الزيلعى فى نصب الراية فى باب الرجوع فى الهبة وقال : هو حديث غريب . وقال ابن قدامة : هو حديث غير معروف انظر : الزيلعى - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ١٢٨/٤ ، ابن قدامة - المنى ج ٢٠/٦ .

(٣) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٣٦٧٣/٨/ ٣٦٧٤ .

من الاحناف وابن قدامة من الحنابلة • فلا يمارش به ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقبي من طرق متعددة معروفة • " ولا نسلم ان معنى الرقبى ما ذكره • بل معناها انها لك حياتك فان رجعت لي • كما ذكر ذلك الترمذى وابن قدامة وغيرهما وعليه فتكون كالخمرى سواء الا انه زاد شرطها لورثة المرقب ان مات المرقب قبله وهذا يبين تأكيدها على الخمرى " (١)

القول الثالث : ان الرقبى تصرف غير جائز وبالتالي فلا تعتبر هبة للميت ولا هبة للمنقصة والى هذا القول ذهب المالكية • قالوا : لما في ذلك من الخرج عن وجه المعروف والمخاطرة • (٢)

ولعلهم يستدلون على ذلك أيضا بالحديث السابق المروى عن شريح وقد تبين أنه حديث غريب غير معروف • فلا يمارش به ما هو معروف مما سيأتي بحمد قليل •

(١) ابن قدامة - المثنى ج / ٦ / ٧٠ / ٧١ بشي من التصرف • الزيلعي - نورب الرواية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ١٢٨ •

(٢) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٣ - صحيح الترمذى بشيخ ابن الصربي المالكي ج / ٦ / ١٠٣ - الصاوي بلنة المسالك لا قرب المسالك ج / ٢ / ٣٢١ •

ومن هذا فالذي يظهر لي رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان الرقبي هبة للعين لاعاريه كما ذهب الى ذلك الامام ابو حنيفة ومحمد بن الحسن .
وذلك نظرا لما يأتي :

- ١ - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " من اعمر عمرى فهو لمن اعمرها جائزة " ومن ارقب رقبى فهو لمن ارقبها جائزة ومن وهب هبة ثم عاد فيها فهو كالعائد في قبضته " (١) . وقال صلى الله عليه وسلم " لا تمسروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا ارقبه فهو له حياته وماله " (٢) .
وقال صلى الله عليه وسلم : " من اعمر شيئا فهو لمعمره محياه ومماته ولا ترقبوا فمن ارقب شيئا فهو سبيله " (٣)

- (١) هذا الحديث اخرجه الامام احمد بن حنبل والنسائي . قال الحافظ : اسنده صحيح . قال الساعاتي : قوله " جائزة " اى مستمرة الى الابد لارجع لها الى المعطى اصلا . بخلاف ما كان عليه اهل الجاهلية من اشتراط الرجوع في الصبر الى صاحبها الاول بعد موت الثاني ومن الرجوع في الرقبي الى المتأخر موته عن صاحبه وقد جعلها الشرع بمنزلة الهبة لا يصح الرجوع فيها ولذلك قال : " ومن وهب هبة ثم عاد فيها فهو كالعائد في قبضته " . انظر : الساعاتي - الفتح الرباني وعلوم الاماني ج ١٥ / ١٧٤ / ١٧٥ ابن حجر - فتح الباري بشن صحيح البخاري ج ٥ / ٢٤٠ .
- (٢) هذا الحديث اخرجه الامام احمد والنسائي ورجالهم ثقات . انظر : الساعاتي - الفتح الرباني ج ١٥ / ١٧٦ - الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٦ / ١١٨ .
- (٣) هذا الحديث اخرجه الامام احمد وابوداود والنسائي وابن ماجه وابن حبان قال الساعاتي : وسنده جيد . انظر : الشوكاني نيل الاوطار لاحاديث سيد الاخير ج ٦ / ١١٢ / ١١٨ الساعاتي - الفتح الرباني ج ١٥ / ١٧٦ .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الرقبي للذي أرقبها (١).

فدلت هذه الاحاديث الشريفة على أن الرقبي هبة للمعين ، لا عارية حيث ذكر فيها ان المعين المرقبة تكون للمرقب حياته وماله وفي هذا دليل على انتقال ملكيتها اليه وابطال الشرط الذي اشترطه المرقب . (٢)

٢- قال ابن حجر المصقلاني : " والظاهر انه ما كان مقصود العرب - بالمعنى والرقبي - الا تملك الرقبة بالشرط المذكور - فجاء الشرع بمراغمتهم فصحح المقدم على نعمت الهبة المحبودة وابطل الشرط المضاد لذلك فانه يشبه الرجوع في الهبة وقد صح النهي عنه وشبه بالكلب يعود في قبته . وقد روى النسائي من طريق ابن الزبير عن ابن عباس رفعه " المعمرى لمن أعمرها والرقبي لمن أرقبها والمائد في هبته كالمائد في قبته " (٣) فشرط الرجوع المقارن للمقدم مثل الرجوع الطارئ بعده فنهى عن ذلك وامر ان يبقيا مطلقا او يخرجها مطلقا . فان اخرجها على خلاف ذلك بطل الشرط وصح العقد مراغمة له وهو نحو ابطال شرط الولاء لمن باع عبدا . " (٤)

وهذا يتضح رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء . والله تعالى أعلم .

-
- (١) هذا الحديث أخرجه الامام احمد ، والنسائي وفي لفظ : جعل الرقبي للوارث رواه احمد . انظر : الشوكاني - نقل الاوطار لاحاديث سيد الاختيار ج ١١٨/٦
- (٢) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٥ : ٢٤٠) ، ابن قدامة - المغني (٦ : ٧٠) ، البهوتي - كشف القناع (٤ : ٣٠٧) ، الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (٥ : ٤٠٧) ، ابن حزم - المحلى (٩ : ١٦٤ ، ١٦٥) مسألة رقم ١٦٤٨ المرتضى - البحر الزخار (٥ : ١٤٥) .
- (٣) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة السابقة .
- (٤) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٥ : ٢٤٠) .

عاشراً - لما كان اراث المنفعة جائزا عند المالكية دون الاحناف ، فقد يرد على تعريف المالكية لمعد المارية اراث المنفعة لحصولها للوارث بدون عوض ، وذلك كما اذا استاجر شخص ارضا او دارا ، وااثاث منزل مدة معينة ثم مات قبل ان يستوفى المنفعة حيث تنتقل المنفعة الى الورثة بدون عوض منهم وهنا ينطبق عليها تعريف المارية لانها تملك منفعة مؤقتة بشير عوض او مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بشير عوض مع ان هذه الماملة لا تعتبر عارية . (٢)

ويمكن ان يجاب عن هذا الاعتراض ، بان المارية ليس لها عوض مادي مطلقا ، أما في هذه المورة فان المستاجر المتوفى قد دفع مقابل المنفعة عوضا معلوما فهي في الحقيقة تملك بموض في المستاجر المتوفى وان نقلت الى الورثة بدون عوض منهم . (٢)

هذه اهم الملاحظات على تعريف المارية عند الفقهاء ، وسها يتضح ان الفقهاء متفقون على بعض الجوانب في تعريف المارية ويختلفون في جوانب اخرى وان كان بعض ما اختلفوا فيه مما لا ينبغي عليه ثمة في المجال العملي .

والذي يظهر لي ان تعريف المارية عند الاحناف والمالكية ربما كان اولى من غيره لقوة أدلتهم في الجملة فيما خالفوا فيه غيرهم ولسلامة تعريفهم مما اورد عليه من اعتراضات والله تعالى اعلم بالصواب .

-
- (١) الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج / ٢٦٨ / ٥ - محمد عيش -
شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٤٨٦ / ٣ ، حاشية الهناني على
شرح الزرقاني لمختصر خليل ج / ١٢٦ / ٦ مطبوع بهامش شرح الزرقاني .
(٢) المراجع السابقة .

السرط بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للمعاصرة :

سبق أن المعاصرة في اللغة العربية ما يعطى في الجملة للغير على أن يرده إلى

المعطى .

وسبق أنها مأخوذة من أحد معان خمسة على خلاف بين العلماء في ذلك ويحسن بنا

أن نورد تلك المعاني مرة أخرى بإيجاز ليتسنى استحضارها للربط بينها وبين

المعنى الشرعي للمعاصرة وهي كما يلي :

المعنى الأول : أن المعاصرة مأخوذة من التماور وهو التداول والتناوب .

المعنى الثاني : أنها مأخوذة من (المعارة) وهو الذهاب والمجيء بسرعة .

المعنى الثالث : أنها مأخوذة من عرا يصرو بمعنى قصد ، أو عرنا وعشى يقال : عشيته

طالبا مصروفا .

المعنى الرابع : أنها مأخوذة من المعرى ، بخلاف اللبس كالعربة وهي النخلة

الموهوبة ثمرة عامها .

المعنى الخامس : أنها مأخوذة من المار وهو السبى ، والميب . (١)

ويلاحظ أن سائر المعاني السابقة لا تبعد عن المعنى الشرعي للمعاصرة عند

القهاء ، فكلها يصلح أن تكون المعاصرة الشرعية مأخوذة منه ما عدا المعنى الخامس منها .

لأن المعاصرة في اصطلاح القهاء كما سبق بيان ذلك ، لفظ يطلق في الجملة ويراد به

العين المتبرع بنفعاتها كما يطلق ويراد به نفع التصرف المشتمل على التبرع بالمنفعة

بغض النظر عن كون الإطلاق في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجاز ونفى النظر عن كون

التبرع بتلك المنفعة على سبيل التملك أو على سبيل الإباحة . (٢)

وبإحدى هامش صفحات من هذه الرسالة .

(١) انظر من

وبإحدى هامش صفحات من هذه الرسالة .

(٢) انظر من

عرا

العامية
الشرعية
التصرف

فإذا كانت المارية في اللغة بمعنى التماور وهو التداول والتناوب فالمعلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي واضحة لا تحتاج الى كثير تأمل ، لان المارية في الاصطلاح القمى سواء اكانت تملك منفعة بغير عوض او اباحة للانتفاع او اسم للمعين المتصفة بذلك على خلاف بين الفقهاء كما سبق بيانه (١) . فان التداول بين المميز والمستميز للمعين المماراة وتناوبهما على الانتفاع بها امر ظاهر في المارية الشرعية فالمميز يملك المين المماراة للمستميز اولا ثم يعيدها اليه ثانيا . وهذا نوع من التداول .

ولا يخفى ان المميز يحمل للمستميز نعمة للانتفاع بملكه على ان يعود اليه بالاسترداد متى شاء وهذا نوع من التناوب . (٢)

وانا كانت المارية مأخوذة من (المار) وهو الذهاب والمجيء بسرعة فذلك لذهاب المين المماراة الى يد المستميز ثم عودها اذا انتهت الى يد المميز بسرعة في الخالب . (٣)

وانا كانت المارية مأخوذة من الخشيان لطلب المصروف ، فالمعلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي ظاهرة ايضا لان المستميز في طلبه للمين المماراة انما يقصد الميز ويخشاه في الخالب لطلب مصروفه .

-
- (١) انظر صوابها من صفحات ، من هذه الرسالة .
 (٢) السرخسي - المصنوع ١٣٣/١١ قاضي زاده نتائج الافكار في كشف الرمز والاسرار ، تكملة شن فتح القدير ج ٣/٩ ملبوع مع الهداية والعناية وحاشية سعدى اتندى .

- (٣) السيد البكري - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المين ج ١٢٨/٣ - الركني النظم المستعذب في شرح غريب المذهب ج ١/٣٦٩/٣٧٠ .

وإذا كانت المارية والصرية ، مأخوذتين من الموى - فذلك لتعريفهما عن
الموى " فالصرية العطية في الثمار ، بالتطليق بدون عوض والمارية في المنفعة كذلك
ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع بها من بقاء عينها " (١)

ورد ذلك الطرزي ، لأنه يقال : استثمار منه ، فاعاره واستثماره الشيء ، على
حذف (من) (٢) .

أما كون المارية مأخوذة من المار ، وهو السبة والميب ، فلقد سبق ان الراجح
عدم اخذ المارية من هذا المعنى لان النبي صلى الله عليه وسلم استثمار ولائها مندوبة
شرعا فلو كان فيها شيئا من المار لما استثمار عليه افضل الصلاة والتسليم ولما نـدب
الشرع الشريف اليها (٣) .

وهذا نأتى الى ختام الكلام عن تعريف المارية في اللغة والاصطلاح راجيا
أن اكون ممن وفق في بيان ذلك ، والله المستعان .

(١) السرخسى - المبسوط ج ١١٣ / ١١

(٢) ابن عابد ين - حاشية قرة عيون الاخبار تكلمة رد المحتار على الدر المختار

ج ٣٨٢ / ٨

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

((الفصل الثاني))

أدلة مشروعية المارسة ، وحكمة تشريعها ، وحكمها

- البحث الاول : في أدلة مشروعية المارسة وحكمة تشريعها

- البحث الثاني : في حكم عقد المارسة

المبحث الاول : ادلة مشروعية الحاربة وحكمة تشريعها

ادلة مشروعية عقد الحاربة :

لا أعلم خلافا بين الفقهاء في مشروعية عقد الحاربة (١) ، والادلة الدالة على ذلك كثيرة عندهم ولعل من ابرزها مايلي :

أولا : قال الله تعالى : " فويل للمصلين ، الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يراؤون ، ويمنحون الماعون " (٢) .

تقوله : " ويمنحون الماعون " اي يمنحون الحاربة ، فالقصد بالماعون ، غارسة متاع البيت كالقأس والميزان وما يتحاطاه الناس بهنهم ، والى هذا ذهب جمهور المفسرين كما حكى ذلك الشوكاني منهم (٣) ، وذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ، انه قال عند تفسير قوله تعالى : " فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون "

- (١) المرفغينى - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٣ / ٩ / مطبوعة مع العناية وتكملة فتح القدير ، ابن عابد بن حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٣٨١ / ٨ ، حاشية اللطفاوى على الدر المختار ج ٣ / ٣٨٤ / ابن جزى ، قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٣ ، الدرر البر الشرح الكبير ج ٣ / ٣٨٨ / ٣٨٩ مابع بهامش حاشية الدسوقي الانصارى - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب ج ٢ / ٩٠ / مطبوع بهامش حاشية الشرقاوى ، الرملى - غاية البيان شرح زيد بن رسلان / ٢١٤ ، الاسيوطى - جواهر العقود ومعين القضاة والشهود ج ١ / ٢٠٩ / ٢١٠ ابن عبد الوهاب مختصر الانصاف والشرح الكبير ٣٨٨ / ٣٨٩ ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٦٣ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٤ / ٦٢ .
- (٢) الايات ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من سورة الماعون .
- (٣) انظر المراجع السابقة - الشوكاني - فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية فى علم التفسير ج ٥ / ٥٠٠ .

هم المناقون ، يراءون الناس بصلاتهم اذا حضروا ويتركونها اذا غابوا ويمنعونهم
العارية بخفضا لهم ، وحى الماعون . (١)
وروى عنه ايضا ان المراد بالماعون : عارية متاع البيت (٢) .

وهن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال : " كنا نعد الماعون على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم عارية الدلو ، والقدر ، والناس والميزان ، وما تتعاطون
بينكم " (٣)

(١) أخرجه ابن جرير وابن المنذر وابن ابى حاتم وابن مردويه والبيهقى فى
الشعب - انظر التوكانى - فتح القدير ج ٥٠٠/٥

(٢) أخرجه سعيد بن منصور وابن ابى شيبة وابن جرير وابن المنذر والطبرانى ،
والحاكم وصححه البيهقى والبيهقى فى المستدرک ج ٥٣٦/٢ ، السنن -
القدير ج ٥٠١/٥ ، المستدرک ج ٥٣٦/٢ ، السنن -
الكبرى ج ٨٨/٦

(٣) أخرجه سعيد بن منصور وابوداود والنسائى وابن جرير وابن المنذر وابن ابى
حاتم والطبرانى فى الاوسط وابن مردويه والبيهقى فى سننه وأخرجه ابن ابى
شيبه من طريق ابراهيم التيمى وسكت عنه ابوداود وحسنه الترمذى .
انظر الشوكانى - فتح القدير ج ٥٠١/٥ ، السيكى المنهل المصبوب
المورد شرح سنن ابى داود ج ٢٩٨/٩ ، الشوكانى - نيل الاوطار
من احاديث سيد الاخير ج ٤٢/٦ ، ابن حجر - فتح البى
شرح صحيح البخارى ج ٢٣١/٨ ، البيهقى - السنن الكبرى ج ٦/٦
٠ ٨٨

وأذا تبين بهذا ان المراد بالماعون ، المارية كما هو رأي جمهور المفسرين
فلاية دليل صريح على مشروعية عقد المارية والتدب اليه ان لو لم تكن مشروعة
لما ذم سبحانه وتعالى مانعها ، وتوعده فيما توعد به المتهمون بالصلاة
والمراعى (١) .

(١) جاء في كتاب الجامع لاحكام القرآن للقرطبي قوله : " قيل لمكرمة مولى ابن
عباس من صنع شيئا من المتاع كان له الويل ، فقال : لا ولكن من جمع
ثلاثتهم ، فله الويل ، يعنى ترك الصلاة والرياء والبخل بالماعون ج ٢٠ /
٢١٥ /

ولعل من المفيد ان نذكر هنا لطرفا من الخلاف بين العلماء في المراد بالماعون ،
بايجاز ان قد اختلفوا في ذلك ولهم فيه احد عشر قولاً :
— القول الاول : ان المراد بالماعون المارية فهو اسم جامع لمناقب الميت ، وذلك
كالماء والنار ونحو ذلك . وروى هذا عن علي وابن مسعود وابن عباس
والى هذا ذهب اكثر المفسرين ومن ذلك يقول الاعشى :
يا جود منه بماعونه اذا ماسماعتهم لم تشم

— القول الثانى : ان المراد بالمعون الزكاة ، يمنحها المناقب . والى هذا ،
ذهب على ابن ابي طالب وابن عباس في احدى الروايتين عنهما واليه ذهب عمر
وابن المسيب .

— القول الثالث : ان المراد بالماء . والى هذا ذهب ابن شهاب وهو مروي
عن سعيد بن المسيب .

— القول الرابع : ان المراد به في الجاهلية كل ما فيه منفعة والمراد به في
الاسلام الدعاة والزكاة والى هذا ذهب الزجاج وابوهيد والمبرد .

— القول الخامس : ان المراد به جميع المعروف الذي يتباهى له الناس فيما بينهم
والى هذا ذهب محمد بن كعب والكلبي .

— القول السادس : ان المراد به الماء والكلاء .

— القول السابع : ان المراد به الماء دون الكلاء . وفي هذا يقول الفراء سمعت

بعض العرب يقولون : الماء ، الماعون . ثم قال : يجمع صبيره الماعون صبا .
والصبير : السحاب .

— القول الثامن : ان المراد به منح الحق وهو مروى عن عبد الله بن عمر .
— القول التاسع : ان المراد به المستعمل من منافع الاموال مشتق من المصن وهو
في اللغة العربية القليل . قال في الجامع لاحكام القرآن : " قال قطرب : اصل
الماعون من القلة والمعنى الشيء القليل . تقول العرب : ماله سحنة ولا معننه
اي شيء قليل . نفسى الله تعالى الزكاة والصدقة ونحوهما في المصروف
ماعوننا لانه قليل من كثير . ومن الناس من قال : الماعون اصله معونة والالف
عوى عن الماء حكاه الجوهرى وقال ابن العربي : الماعون مفصول من اعوان
يصين . والمعون : هو الامداد بالقوة والالات والاسباب الميسرة " .

— القول العاشر : ان المراد بالماعون الدلالة والقياد ، ان قد روى عن
الاخش عن بعض الاعراب : لو قد نزلنا لصنعت بناقتك صنيعا تعطيك
الماعون اي تنقاد لك وتطيعك .

— القول الحادى عشر : ان المراد به ما لا يحل منعه وذلك كالماء والملح والنار
ونحو ذلك لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت : قلت يا رسول الله
مالى الذى لا يحل منعه . قال : الماء والنار والملح .

ويلاحظ من خلال سرد الاقوال السابقة ان بعضهم فسر الماعون بجميع اقتراد
المصرف والبعض الآخر اقتصر على تفسيره بفرد من اقتراد المصرف
او بعضها ولا يبعد ان يكون المراد بالماعون جميع اقتراد المصرف سواء اكان
عارية او زكاة او صدقة او نحو ذلك كما ذهب الى ذلك المصنف في احكام القرآن .
الا ان الذى يهمنا من جميع الاقوال السابقة ما روى عن الصحابة في ذلك لانهم ادرى
الناس بعمد رسول الله صلى الله عليه وسلم باسرار التشريع ومعانيه فلا تقوم سائر
الاقوال تجاه ما روى عنهم .

والمروى عن الصحابة رضى الله عنهم اجمعين قولان : قول بان المراد بالماعون
العارية وقول بان المراد به الزكاة كما سبق بيان ذلك .

ثانياً : قال الله تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله ان الله شديد العقاب " (١)

هذه الآية الكريمة ، دليل على مشروعية التعاون في جميع سبل الخير والمصرف ولا شك ان بذل منافع الاعيان للآخرين على سبيل العارية ، من هذا الباب لما تضمني ذلك من قضاء الحوائج واشاعة روح التعاون ، والتكاتف بين افراد المجتمع المسلم .

ثالثاً : روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في خطبة حجة الوداع : " العارية مؤداة والدین مقضى والمنحة مردودة والزعم غام " (٢)

ويمكن ان يجمع بين هذين القولين المرويين عن الصحابة بان الماعون لفظ يطلق ، ويراد به العارية كما يطلق ويراد به الزكاة فهو اسم جامع لبعض افراد المصروف وهذا يكون المراد بالماعون في الآية في كلا من العارية والزكاة خاصة وان من روى عنه من الصحابة ، ان المراد به العارية روى عنه ايضا ان المراد به الزكاة . والى هذا الجمع ذهب ابن حزم الاندلسي حيث قال : " فان قيل قد روى عن علي رضي الله عنه انها الزكاة قلنا : نعم ولم يقل : ليست العارية ثم قد جاء عنه : انها العارية فوجب جمع قوليه " انظر ابن حزم المحلى ج ١٦٨/٩ - مسألة (١٦٤٦) وانظر اقريطي - الجامع لاحكام القرآن ج ٢٠/٢١٣/٢١٤ ٢١٥/ - الجصاص - احكام القرآن ج ٣/٤٧٥ - الشوكاني - فتح القدير الجامع بين فتي الرواية والدراية في علم التفسير ج ٥/٥٠٠/٥٠١ ، القاسمي محاسن التأويل ج ١٧/٦٢٧٤/٦٢٧٥ ، ابن السرى - احكام القسطنطين ج ٤/١٩٨٤/١٩٨٥ .

(١) سورة المائدة اية رقم (٢)

(٢) هذا الحديث أخرجه ابوداود والترمذي عن اسماعيل بن عياش ، وزاد الترمذي في كتاب الوصايا : " الولد للفراس وللماهر الحجر وحسابهم على الله ومن ادعى الى غير ابيه او انتفى الى غير مواليه فعليه لعنة الله الى يوم القيامة " وقال حديث حسن رواه بتمامه احمد وابوداود والطائلي وابريصلى الموصلى في مسانيدهم

حيث دل الحديث الشريف على وجوب رد الممين المارة بعد الانتفاع بها وفسى هذا دليل على مشروعيتها اذ لو لم تكن كذلك لنهى عن اخذها فدل الامر بردها بمسند الانتفاع بها على مشروعية اخذها على سبيل المارة .

ويؤيد هذا ما روى عن صفوان بن امية : ان النبي صلى الله عليه وسلم استمار منه ادرعا يوم حنين فقال : اغنيها يا محمد ، فقال : بل عارية مضمونة" (١)

والدارقطني في سننه ورواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ورواه ابن ماجه في موضعين من سننه في كتاب الاحكام والوصايا ولم يذكر فيهما قوله والزعيم غارم . قال صاحب التنقيح : رواية اسماعيل بن عياش عن الشاميين جيدة وشرحبيش من ثقات الشاميين قال الامام احمد : ورثه ايضا المجلى وابن حبان وحسن الاباني حديث ابن حبان انظر الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ١ / ٥٢ / ٥٨ الهادي - سلسلة الاحاديث الصحيحة ج ٢ / ١٦٩ / ٢٠٠ حديث رقم (٦١١) الساعاتي - الفتح الرباني ترتيب مسند الامام احمد ج ١٥ / ١٣٠ مطبوع مع بلوغ الاماني شرح الفتح الرباني .

(٢) هذا الحديث أخرجه ابوداود والنسائي عن شريك ورواه احمد في مسنده والحاكم في المستدرک في كتاب البيوع وسكت عنه وانما قال وله شاهد صحيح ثم أخرجه عن خالد الخداء بلفظه فقال : يا رسول الله اعارية مؤداة قال نعم عارية مؤداة . وقال حديث صحيح على شرط مسلم وأخرجه في المنازي وقال صحيح الاسناد وله طرق اخرى مرسلة في السنن .

انظر الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ١ / ١١٦ / ٤١ الساعاتي - الفتح الرباني ترتيب مسند الامام احمد بن حنبل ج ١٥ / ١٢٩ / ١٣٠ مطبوع مع شرحه بلوغ الاماني الشوكاني - نيل الاوتار من احاديث سيد الاخيار ج ٦ / ٤١ الهادي - سلسلة الاحاديث الصحيحة ج ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ / ٢٠٨ / ٢١٠ / ٢٠٩ حديث رقم ٦٣٠ وحديث رقم ٦٣١ الصنعاني - سبل السلام شمس بلوغ المرام ج ٣ / ٦٩ .

وما روى عن انس ابن مالك ، انه قال : كان غزج (١) بالمدينة فاستمار النبي صلى الله عليه وسلم فرسا من ابي طلحة (٢) يقال له ، المندوب (٣) فركبه فلما رجح فقال : ماراينا من شىء وان وجدناه لبحرا * (٤)

فدل ما جاء في الحديثين من استمارة النبي صلى الله عليه وسلم من صفوان و ابي طلحة على مشروعية عقد المارية .

(١) قوله : غزج اى خوف من عدو - الشوكاني - نيل الاوطار ج ٢/٦٠٤

(٢) ابو طلحة هو زيد بن سهل زرق ام انس - المرجع السابق

(٣) قوله يقال له المندوب ، قيل سوى بذلك من الغدب وهو الرهن عند السبياق

وتيل لند بكان فى جسمه وهوائر الجرح . المرجع السابق .

(٤) قال الشوكاني : هذا الحديث متفق عليه .

قلت : اخرج البخارى فى باب من استمار من الناس الفرس ، وقوله وان وجدناه لبحرا قال الخطايب : ان هى النافية واللام بمعنى الا اى ما وجدناه

الا بحرا . قال ابن التين : هذا مذهب الكوفيين وعند البصريين ان ، ان

مخففة من الثقيلة واللام زائدة . قال الاصمعي : يقال للفرس بحر

اذا كان واسع الجرى اولان جريه لا يتخذ كما لا يتخذ البحر ويؤيده ما وقع

فى رواية للبخارى بلفظ " فكان بعد ذلك لا يجارى .

انظر الشوكاني - نيل الاوطار ج ٢/٤١٦

- صحيح البخارى ج ٣/١٤٤ .

هذا بالاضافة الى ما روى عن الصحابة رضوان الله عليهم رالا على مشروعية هذا المقد ومن ذلك ما روى عن عائشة ام المؤمنين رضى الله عنها انها قالت وطمعوا درع قطرى (١) ثمن خمسة دراهم (٢) : كان لى منهم درع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فماتت امرأة تقيين (٣) فى المدينة الا ارسلت الى تستميره (٤) . قال الشوكانى : قال ابن الجوزى ارادت عائشة انهم كانوا اولاً فى ضيق فكان الشئ المختصر عندهم ان ذاك عظيم القدر وفى الحديث ان عارية الثياب للموسر امر محمود به يرغب فيه وانه لا يبعد من التشجيع (٥) .

رابعا : أجمع علماء المسلمون على مشروعية عقد المارية ومن نقل الاجماع فى ذلك عنهم : عبد الله بن قدامة المقدسى حيث قال : " وأجمع المسلمون على جواز المارية واستحبابها لانها لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوسيعة بالاعيان والمنافع جميعا " (٦)

(١) قوله " درع قطرى " الدرع قميص المرأة وهو ذكر قال الجوهرى ودرع الحديد مؤنثة حكى ابوهيدى انه ايضا يذكر ويؤنث والقطرى نسبة الى القطر وهو ثياب من غايط القطن وغيره وقيل من القطن خاصة تعرف بالقطرية وقيل بل منسوبة الى قطر قرية من البحرين . المرجع السابق .

(٢) قوله : ثمن خمسة دراهم بنصب ثمن يتقدر فعل وخمسة بالخفض على الاضافة او برفع ثمن وخمسة على حذف الضمير والتقدير ثمنه خمسة وروى بضم اوله وتشديد الميم على لفظ الماضى ونصب خمسة على نزع الخافض اى قوم بخمسة دراهم . المرجع السابق .

(٣) تقيين اى تزين من قان الشئ قيانة اى اصلحه . المرجع السابق

(٤) هذا الاثر اخرجه البخارى والامام احمد بن حنبل . المرجع السابق

(٥) الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٤٤/٦

(٦) ابن قدامة - المشقى ج ١٦٣/٥

الاصابع
اولا

حكمة تشريع عقد العارية :

لعل من أعظم اسرار تشريع عقد العارية ، نشر روح التعاون والتكافل بين صفوف المجتمع ليتخلص من الاثرة والانانية فينتشر الحب بين الناس وتثمر المودة قلوبهم .

اذ لا أحد ينكر أهمية المال في حياة الانسان ولا مدى قيمته الكبيرة في نفوس السواد الاعظم من البشر ولا مدى شح اكثريهم به . ومن هنا كانت اغلب الصراعات بين البشر في جميع الأزمنة وعلى جميع الأصعدة صراعات مادية يتحكم فيها حب المال وشهوة اقتنائه والاثرة به .

فاذا كانت للمال هذه الأهمية الكبيرة في نفوس الناس . فلا شك ان الدعوة لتبادل له فيما بينهم بدون عوض امر يخلق الحب وينشر المودة بين صفوفهم .

وانا تحققت هذه الغاية عاش المجتمع بمبدأ عن كل ما يهدد اخلاقه ووحدته وأمنه وحرية وموارده المعنوية والاقتصادية .
والله تعالى اعلم .

المبحث الثاني : حكم عقد المارسة

يطلق لفظ الحكم في اللغة العربية ويراد به في أكثر معانيه القضاء والنقض

لمنع المد وان والظلم كما يطبق ويراد به العلم والفقه (١)

وحكم العقد: قول يستعمل عند الفقهاء في أحد أمور ثلاثة :

الامر الاول : ما يكون للمقد مع اثر اصيل مترتب عليه شرعا فيقول الفقهاء مثلا

حكم المقد انه يفيد ملك المين او يفيد ملك المنفعة ، وقد سبق بيان حكم عقد المارسة بهذا الاعتبار عند الكلام على تعريفه (٢) .

الامر الثاني : ما يكون للمقد من وصف يرجع الى ما للمقد من وجود ترتب عليه

آثاره او لا ترتب او من قوته ملزمة لمعاذيه او غير ملزمة فيقول الفقهاء مثلا ، حكم هذا

المقد انه باطل لا ترتب عليه آثاره . او صحيح ترتب عليه آثاره او حكم هذا المقد

انه لازم او غير لازم .

ولقد سبق بيان حكم المقد من حيث الصحة وهدمها في الباب الاول من هذه الرسالة

اما حكم عقد المارسة من حيث اللزوم او عدمه فسيأتي بيانه عند الكلام على تقسيم المارسة

من حيث الصيغة في الباب الرابع (٣) .

(١) الفيروزبادي - القاموس المحيط ج / /

الزيات واخرون - المعجم الوسيط ج / ١٨٩ /

(٢) انظر ص من هذه الرسالة

(٣) انظر ص من هذه الرسالة و ايضا .

الامر الثالث : ما يكون للمقد من وصف يشتهر له نتيجة لطلب الشارع له او لنهييه

عنه فيقال : مثلا : حكم العقد للمارية انه واجب او مندوب او مباح او مكروه او حرام (١)
وما اريد ان اكتب عنه في هذا البحث هو : حكم عقد المارية بهذا الاعتبار
اي من حيث طلب الشارع له او نهييه عنه .

ولقد اختلف الفقهاء في حكمه بهذا الاعتبار في الجملة على قولين :

القول الاول : ان المارية فعل غير مندوب اليه في الجملة . والى هذا ذهب جمهور
الفقهاء (٢)

القول الثاني : ان المارية عقد واجب في الجملة . والى هذا ذهب بعض السلف كما
حكى ذلك بن رشد وابن قدامة وغيرهما (٣)

(١) الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ١١٢ مذكور - نظرية الاباحة عند الاصوليين
والفقهاء / ٢٧/٢٦٠ ابن قدامة - روضة الناظر وجمال المناظر ج / ٩٠/١ ،
ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج / ٥٩/٥ والكاساني - بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع ج / ٣٨٩٨/٨ شرح الخرشي على مختصر سيدي
خليل ج / ١٢١/٦

(٢) ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٣٨١/٨ حاشية الطحطاوي
على الدر المختار ج / ٣٨٤/٣ شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ١٢١/٦
ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٣١٣/٢ - الدردير - الشرح
الكبير ج / ٣٨٩/٣٨٨ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي . الرملي - نهاية
المحتاج الى شن المنهاج ج / ١١٦/٥ حاشية الحاج ابراهيم على الانوار
ج / ٥١٩/١ - الشربيني معنى المحتاج الى معرفة معاني الالفاظ المنهاج
ج / ٢٦٤/٢ ابن قدامة - المفتي ج / ١٦٣/٥ ، البهوتي - كشاف
القناع عن متن الاقتناع ج / ٦٢/٤ .

(٣) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٣١٣/٢ ابن قدامة - المفتي
ج / ١٦٣/٥ .

ولقد استدل لأصحاب هذا الرأي بما يلي :

١ - قال الله تعالى " ويمنون الماعون " (١) والماعون هو المارّة كما هو رأي جمهور

الفقهاء والمفسرين . (٢) وقد تواعد الله سبحانه وتعالى بمنحه بالويل فيمنعها

تواعد به المتساهل بالصلاة والمراعى ولا يتواعد بالويل إلا من واجب ، فسدل ذلك على وجوب المارّة في الجملة (٣) .

ويمكن أن يناقش هذا الدليله بان التواعد بالويل ليس لمن منع الماعون فقط وإنما

لمن جمع الثلاثة التساهل في الصلاة والمراعات ومنع الماعون . كما روى ذلك عن عكرمة بن أبي العيص رضي الله عنهما . (٤)

٢ - روى عن جابر بن النبی صلى الله عليه وسلم قال : ما من صاحب بل ولا بقرة ولا غنم

لا يؤدى حقها إلا اتعد لها يوم القيامة بتاع قرقر (٥) ، تطوء ذات الظلف

بئلفها وتطرحه ذات القرن ليس فيها يومئذ جفاء ولا مكسورة القرن ، قلنما

يا رسول الله وما حقها : قال اطرق فحلها (٦) وأعادة دلوها (٧)

(١) سورة الماعون اية رقم (٧)

(٢) الشوكاني فتح القدير ج ٥٠٠/٥

(٣) ابن قدامة المثنى ج ٥٠/١٦٣

(٤) المرجع السابق ج ٥٠/١٦٤ - القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج ٢٠/٢١٥

حاشية الشرقاوى على التحرير ج ٢/١٠

(٥) قوله " بتاع قرقر " القاع المستوى الواسع في سوى من الأرض قال الهروي : وجمعها قيمة وقيمان مثل جار وجيره وجيران . وأتقرقرة بقاتين مقترحتين ورأين أولهم ما

ساكنة المستوى أيضا من الأرض الواسع . الشوكاني - نيل الأبرار من أحاديث سيد

سيد الأخبار - ج ٤/١٧٣/١٧٤

(٦) قوله " اطرق فحلها " أي عارية الفحل لمن أراد أن يستميره من مالكه ليطرق به على ماشيته . المرجع السابق ج ٦/٤٤

(٧) قوله " إعادة دلوها " أي من حقوق الماشية أن يصير صاحبها الدلو الذي يسقيها به إذا طلبه منه من يحتاج إليه . المرجع السابق .

ومنتحبها (١) ، وحلبها على الماء (٢) وحمل عليها في سبيل الله (٣) .
فدل ذم الرسول صلى الله عليه وسلم لمانع المارية وتوعد له بما توعد به ففسى
الحدث على وجوب عقد المارية .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل بان المراد بالمارية المتوعد بمنعها هي المارية
للمضطر اليها جميعا بين هذا الحدث والاحاد يثا الدالة على عدم وجوبها ففسى
الجملة (٤) .

ومن هنا غالذي يذهر لي ان المارية مندوب اليها في الجملة لا واجبه كما ذهب
الى ذلك جمهور الفقهاء وذلك نظرا لما روى عن المرحمة بن عبيد الله قال : جاء
رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم من اهل نجد ثائر الرأس سمع دوى صوته
ولانقه ما يقول حتى دنى من رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا هو يسال عن الاسلام
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : خص صلوات في اليوم والليلة . فقال : هل
على غيرها . قال لا . الا ان تطوع وسيام شهر رمضان . فقال : هل على غيره قال : لا ،

- (١) قوله " ومنتحبها " المنحة في الاصل العطية . قال ابوجيدة المنقضي
الحرب على وجهين احدهما ان يعطى الرجل صاحبة فيكون له والاخر ان يعطيه
نمرة او شاء ينتفع بحلبها ويردها زمانا ثم يرددها والمراد بها هنا عارية
ذوات الالبان ليوخذ لبنها ثم ترد لصاحبها . قال القزاز : قيل لانتكون المنحة
الا ناقضا وشاة والا اول اعصرف . المرجع السابق .
- (٢) قوله " وحلبها على الماء " بالحاء المهملة في جميع الروايات و اشار الداودي ،
الى انه روى بالجيم وقال : اراد انها تساق الى موضع سقيها ، وتعمق بانه
لو كان كذلك لقال وحلبها الى الماء لا على الماء وانما اراد حلبها هناك لتفجع
من يحضر من المساكين . المرجع السابق .
- (٣) هذا الحديث رواه مسلم واحمد بن حنبل - الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث
سيد الاختيار ج ١ / ٤٤ / الفتح الرباني ترتيب سند الامام احمد ج ١٥ / ١٢٨
١٢٩ / مطبوع مع شرحه بلوغ الاماني
- (٤) حاشية الشرقاوى على التحرير ج ٢ / ٩٠

الا ان تطوع ، وذكر له الرسول صلى الله عليه وسلم الزكاة ، فقال هل على غيرها
قال : لا . الا ان تطوع " (١)

وما روى عن ابى هريرة رضى الله عنه : " ان اعرابيا اتى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال : دلنى على عمل اذا علمته دخلت الجنة . قال : تعبد الله ولا تشرك به شيئا
وتقيم الصلاة المكتوبة وتؤدى الزكاة المفروضة وتصوم رمضان . قال : والذي نفسى بيده
لا ازيد على هذا . فلما ولى قال / من سره ان ينظر الى رجل من اهل الجنة فلينظر
الى هذا " (٢) .

فدل الحد يثان السابقان على ان الواجب من الصدقة الزكاة فقط ، واعدادها فليس
تتم مندوب اليه . ومن ذلك العارية وغيرها من التبرعات فى الجملة .

واذا ثبت بهذا ان العارية فى الاصل مندوب اليها فقد يمرض لها عند جماهير
اللقهاء ما يجعلها واجبة اوباحة او محرومة او مكروهة وعلى هذا فتستريح الاحكام
الخمس عندهم .

فتكون واجبة : اذا كان مالها مضطرا لها ، كعاراة مصحف لمحتاج الى قراءة فيه
ولم يجد غيره ، ان لم يكن ماله محتاجا اليه ، وعارة كل ما فيه احياء مهجة محترمة
لا اجرة لمثله ونحو ذلك . (٣) وتكون مباحة : لغيرها . وقال المدوى المالكية
وفى ذلك نظر ، لاحتمال كراهتها فى حقه لثناه عنها (٤)

(١) هذا الحديث اخرجه البخارى فى كتاب الايمان ، باب الزكاة فى الاسلام ، واخرجه
الامام مسلم فى كتاب الايمان ايضا ، باب بيان الصلوات التى هى احد اركان
الاسلام . انظر صحيح الامام البخارى ج ١ / ١٤ صحيح الامام مسلم ج ١ / ٣١

(٢) هذا الحديث اخرجه البخارى فى كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة وقوله تعالى :
واقبوا الصلاة واتوا الزكاة * - انظر صحيح البخارى ج ١٠ / ٢

(٣) حاشية المدوى على شرح الخرشى ج ١٢١ / ٦ مطبوعهما مشالخرشى ، الرمل
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ١١٦ / ٥ ، الشرىنى مننى المحتاج
ج ٢٦٤ / ٢ ، حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ج ٥١٩ / ١ ، البهقى
كشف التنافع عن متن الاقتناع ج ٦٤ / ٦٣

(٤) المراجع السابقة .

وتكون محرمة : إذا كانت العين المعارة محرمة شرعا • أو تساعد على الوقوع في الحرام
كإعارة آلات اللهو والغناء أو الأمانة الشابة للأعزب الشاب ونحو ذلك • (١)

وتكون مكروهة إذا كانت تعين على امر مكروه شرعا • كاستعارة ابوية للخدمة • لأنه
يكره للولد استخداً أمهما فكرهت استعارتهما لذلك (٢)
والله تعالى أعلم •

وهذا أنشأ إلى ختام الكلام عن الباب الثاني من هذه الرسالة • وقد كان في تعريف
المبارية وأدلة مشروعيتها وحكمة تشريعها وحكمها • فأرجو أن أكون قد وفقت نفسي
بحثه ودراسته • والله المستعان •

(١) المراجع السابقة

(٢) المراجع السابقة

الباب الثالث : في أركان عقد المارية

سبق أن بينت معنى الركن في اللغة العربية ، ومعناه في اصطلاح الفقهاء في الباب الاول ، فلا داعى لاعادة ذلك . الا ان الشئ الذى يحسن ان اذكر به هنا ما قلته سابقا في الباب الاول : أن عدد اركان العقد عند جمهور الفقهاء أربعة : الصيغة ، والمباقدان وحمل العقد . اما عند الاحناف فليس للعقد عندهم الا ركن واحد هو الصيغة فقط .

ولما كانت المارية عقد من العقود فان الخلاف في عدد اركان العقد يشملهم وعلى هذا فان اركان عقد المارية عند الجمهور أربعة ، الصيغة والمخير والمستخير والممين المعارة . اما عند الاحناف فالصيغة فقط .

هذا ، ولقد ذكرت سابقا في الباب الاول ، ان الخلاف بين الفقهاء فى هذا الامر خلاف لفظى لا تبنى عليه حجة في المجال العلمى وحدث هناك ان ابيمن هنا بعض ما يتعلق بهذه الاركان من شروط واحكام . وفيما يلى فصلان لبيان ذلك :

الفصل الاول : في صيغة عقد المارية

المبحث الاول : في تعريف الصيغة

المبحث الثانى : في آراء العلماء في اعتبار القبول من المستخير ركنا .

المبحث الثالث : في وسائل التمييز عن ارادة عقد المارية .

الفصل الثانى : في المخير ، والمستخير ، والممين المعارة .

المبحث الاول : الشروط المختبرة في المخير .

المبحث الثانى : الشروط المختبرة في المستخير .

المبحث الثالث : الشروط المختبرة في الممين المعارة .

المبحث الرابع : واجب المستخير تجاه الممين المعارة .

الفصل الاول : في صيغة عقد المارية

البحث الاول : تصريف الصيغة

تطلق كلمة الصيغة ، في اللغة العربية ، ويراد بها : الهيئة ، والهيئة هي : الحال التي يكون عليها الشيء . قال في المعجم الوسيط : " الصيغة : الصوغ واستعمل كثيرا في الحلى وقالوا : هو من صيغة كريمة : من اصل كريم ، وصيغة الامر كذا ، وكذا هيئته التي بنى عليها صيغة الكلمة هيئتها ، الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها وتجميع على صيغ . قالوا : اختلفت صيغ الكلام : تراكيبه وهاراته . (١)

وتطلق الصيغة عند الفقهاء ويراد بها : الاداة ، او الوسيلة التي يتم بها التعبير عن ارادة الماقدمين في ابرام العقد من ايجاب وقبول . (٢)

-
- (١) الزيات - المعجم الوسيط ج / ١ / ٥٣ ، مادة (صوغ) ج / ٢ / ١٠١٢
 مادة (هياء) الشيروزيادى - القاموس المحيط ج / ٣ / ١١٠ مادة (صاغ) .
 (٢) حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ٢٤٢ / ، حاشية الجمل على شن المنهج ج / ٣ / ٦ وما بعدها ، ٤٥٦ وما بعدها ، البهوشى كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ١٤٦ وما بعدها ج / ٤ / ٦٢ ، شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ٥ / ٥٠ ، ج / ٦ / ١٢٣ ، حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج / ٣ / ٣٨٥ ، الكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٦ / ٢٩٨٣ . ويلاحظ هنا انه لما كانت الصيغة فى اللغة العربية تعنى الهيئة التي يكون عليها الشيء ، فالمعنى الاصطلاحي للصيغة حينئذ لا يبعد كثيرا عن المعنى اللغوي لها لان ادارة التعبير عن الارادة ، تحدد في الواقع نوع التصرف وهيئته وحاله . اذ بدون هذه الاداة لا يمكن معرفة نوع التصرف المرغوب فيه .

والايجاب في اللغة الصربية : الالتزام والاثبات . قال في المجموع
الموسيط : " وجب الشيء يجب وجها ، ووجهه ، وجبة : لزم وثبت " (١)
وأما القبول ، فهو مصدر من قبلت العقد ، قبلته من باب تمب . قبولا
بالفتح والضم ، لغة حكاه ابن الاعرابي وهو : اخذ الشيء عن طيب خاطر (٢) .
وأما عند الفقهاء فلم يسموها اصطلاحا :

الاصطلاح الاول : أن الايجاب ماصدر أولا من احد المتعاقدين لا على
رضاه بالمقد . والقبول : هو ماصدر ثانيا من احد المتعاقدين جوابا لـ
بالموافقة على ما أوجبه . فاذا ابتدأ المخير فقال : اعرتك بيتي كان قوله هذا
ايجابا . فاذا وافق الطرف الاخر كانت موافقته حينئذ قبولا .

وكذا لو ابتدأ المستمير فقال : اعرتني دارك هذه . فاجابه الطرف الاخر
بالموافقة كان قول المستمير ايجابا وقول المخير قبولا . فالمرة بما صدر أولا من احد
المتعاقدين . والواقع ان القبول ايجاب ايضا لما فيه من معنى الاثبات والالتزام بما
أثبتته الاول . الا ان اصحاب هذا الاصطلاح خصوا الاثبات الاول بتسميته ايجابا
لانه اثبت للآخر حق القبول . كما خصوا الاثبات الثاني بتسميته قبولا تمييزا
له عن الاثبات الاول ولانه يقع رضا وقبولا لما اثبتته الاول .

والى هذا الاصطلاح ذهب فقهاء الاحناف (٣)

(١) الفيروزي - اقامور المحيط ج ١ / ١٣٦ مادة (وجب) الزيات - المجموع
الموسيط ج ٢ / ١٠٢٣ مادة (وجب)

(٢) الفيروزي - اقامور المحيط ج ٤ / ٣٤ مادة (قبل) - الزيات - المجموع
الموسيط ج ٢ / ٧١٨ مادة (قبل)

(٣) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٦ / ٢٤٨ / ٢٤٩ ابن نجيم - البحر الرائق
شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٢٨٣ / ٢٨٤ - الحسكفي - الدر المختار شرح تنوير
الابصار ج ٣ / ٤ / ٥ مطبوع بهامش حاشية الدخاوي .

الاصطلاح الثاني : ان الايجاب : ماسدر من المملك : دالاعلى رضاه بالمقد
سواء اصدر اولاً او ثانياً .

ففى عقود المحارقات اذا قال البائع وهو المملك هنا لشخص اخر / : بعتك هذه
السلعة بكذا . اعتبر هذا القول من المملك ايجاباً . فاذا قال المملك وهو المشتري
اشترت . كان ذلك قبولاً ولا يغير هذه التسمية ان يتدأ المشتري اولاً فيقول
اشترت منك هذه السلعة بكذا . فيقول البائع : بعتك . حيث يبقى ماسدر
من البائع على تسميته ايجاباً عند اصحاب هذا الاصطلاح وان تاخر كما يبقى ماسدر
من المشتري على تسميته قبولاً وان تقدم .

وكذلك الامر فى عقود التبرعات . فاذا قال شخص لآخر : اعرتك او وهبتك سيارتى
كان قوله هذا ايجاباً . واذا وافق الطرف الاخر على ذلك قال : قبلت . كان
تصرفه هذا قبولاً . ولا يغير هذه التسمية ان يتدأ المستعير بطلب المارسة
فيوافق المجير . لان الايجاب عند اصحاب هذا الاصطلاح كما سبق : اسم
لما صدر من المملك دالاً على رضاه ، والقبول : ماسدر من المملك دالاً على رضاه
سواء اصدر ذلك اولاً او ثانياً والمملك هنا هو المجير ، لانه اثبت للمستعير ملك
المنفعة للمعين المارة . والمملك هو المستعير لتملكه تلك المنفعة بتمليك المجير له .

والى هذا الاصطلاح ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية
والحنابلة (١) .

(١) شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ٦/٥ . حاشية الجبل على شرح المنهج
ج / ٦/٥ شن ابن قاسم الشزى على متن ابى شجاع ج / ٣٤١/١ مطبوعه مامش
حاشية الباجورى وانظر ايضاً هذه الحاشية . الشيرازى - المذهب ج / ٢٦٤/١
ابن قدامة - المفتى ج / ٤٨٠/٣ ، ٤٨١ . الميهوى - كشف القناع
عن متن الاقتناع ج / ١٤٦/٣ ، ابن عبد الوهاب مختصر الانصاف والشرح الكبير ٢٦٨

والواقع أن الخلاف بين الجمهور والاحناف خلاف في الاصطلاح فقط ، والخلاف في الاصطلاح امر لا تترتب عليه ثمرة عملية وما كان كذلك فلا تجرى فيه المشاحة
اذا لامشاحة في الاصطلاح .

الا أن اصطلاح الاحناف فيما يظهر لى ادق واسهل . في التمييز بين الاجساب والقبول . اذ بإمكان الانسان ان يفرق بينهما بمجرد ان يعلم اى الاثباتين صدر
اولا ولا يحتاج الى مصرفة الملك من المملك وما لاشك فيه ان الاصطلاح كلما كان
واضح الدلالة على المراد ، كان اولى من غيره بالاعتبار . والله أعلم .

المبحث الثانى

آراء العلماء فى اعتبار القبول من المستمير ركنًا فى عقد العارية

لما كان عقد العارية عقد تبرع ، وفى عقود التبرعات ، لا يقدم المتبرع له عوضًا عما تبرع له به كان فى اعتبار قبوله ركنًا فى عقد العارية خلاف بين الفقهاء وفى ذلك قولان :

القول الاول : ان الاجاب من المصير ركن فى عقد العارية . واما القبول من المستمير فشرط لثبوت التصرف فى منفعة المير العارية لاسبب لذلك حتى ان من حلف بالإمير لا يحنث ان اوجب عقد العارية ولم يقبل الطرف الآخر .

والى هذا القول ذهب الاحناف وهو ظاهر ما ذهب اليه كل من الحنابلة والمالكية . (١)

القول الثانى : ان الاجاب والقبول ركن فى عقد العارية ، حتى ان من حلف لن لا يصير ، لا يحنث ان اوجب عقد العارية ولم يقبل الطرف الآخر .
والى هذا القول ذهب الشافعية والامام زفر من الاحناف . (٢)

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج / ٣٨٩٢ / ٨ ، نظام الفتاوى الهندية ج / ٣٦٣ / ٤ - البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٦ / ٢٥٣ ، ابن قدامه المثنى ج / ٥٢٨ / ٩ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣٩١ / ٣ شرح الزرقانى على مختصر سيد خليل ج / ١٣٠ / ٦

(٢) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج / ٣٦٦٩ / ٣٨٩٢ / ٨ ، نظام الفتاوى الهندية ج / ٣٦٣ / ٤ - الشيرازى - المذهب ج / ٣٢٠ / ١ ، الرافعى - فتح المميز شرح الوجيز ج / ٢١٤ / ١١ ، النووى - روضة الطالبين ج / ٤٢٩ / ٤ / ٤٣٠ ، الخضر اوى - المقاصد ١٠٢ /

ذلك لان عقد الحاربة ايجاب حق لادى ، فلا يصح الا بايجاب وقبول كالببيع فهو عقد والمقد لابد له من ذلك وهايه فلا يتعقد عقد الحاربة بدونها كسائر العقود .

ويمكن ان يناقش هذا : بان قياس عقود التبرعات على عقود المعاوضات كالببيع ونحوه في اعتبار كلا من الايجاب والقبول . وكنا في المقد امر لا يخلو من نظر لان البيع وما شاكله من عقود المعاوضات اسم للايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع في اللغة والاصطلاح على احد هاتين الاخر وعليه نعلم بوجوده لا يتسم التصرف بمسمى البيع بخلاف عقود التبرعات فهي اسم للايجاب من المتبرع وحده في اللغة والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لفة (١) . وعلى هذا فالراجح ، والله اعلم القول الاول ، اي ان الايجاب من المبر هو : الركن . واما القبول من المستمير فشرط لثبوت ملكة للمنفعة ، وذلك نظرا الى ان الهبة في اللغة العريضة سواء كانت هبة للمعين او للمنفعة اسم للالتزام من جانب المتبرع وحده .

فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " لاتجوز الهبة الا قبوضة " (٢)

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٦٢٠

(٢) قال الزيلعي في تخريج هذا الحديث : غريب . ورواه عبد الرزاق من قول النخعي ورواه في اخر الرضايا من معناه فقال : انبرنا سفيان الثوري عن منصور عن ابراهيم : لاتجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل ان تقبض .

قلت : روى في الباب ، آثار صحيحة يمكن بمجموعها ان يستقيم امر هذا الحديث انظر : الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١٢١ / ١٢٢ ، الشوكاني - نيل الاوتار من احاديث سيد الاخيار ج ٦ / ١٠٢ / ١٠٣ .

فاطلق اسم الهبة ، بدون القبض ، والحيازة .

وروى عن الصاحب بن جشامة ، انه احدى الى النبي صلى الله عليه وسلم
 حبارا وحشيا وهو بالابواء (١) ، فردّه عليه ، فلما رأى ما في وجهه
 قال : انا لم تردّه عليك ، الا انا حرم . (٢) .

وروى ان امير المؤمنين ابا بكر الصديق رضى الله عنه دعى ابنته عائشة ام المؤمنين
 رضى الله عنها في مرض موته ، فقال لها : انى كنت نحلّتك : جداد ، عشيرين
 وسقا من مالى بالمالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث (٣)
 فألقى الصديق اسم النحل على ذلك بدون قبض ، وحى من الفاظ الهبة .

الحل

فقدل هذا الحديث وما سبقه ، ان الهبة في لغة العرب اسم للايجاب
 وحده من الواهب دون القبول من الموهوب له .

وكذلك سائر عقود التبرع ومنها المارية اذ لا فرق بين الهبة والمارية فمأينة
 ما هنالك ان الهبة تبرع بالمعين والمارية تبرع بالمنفعة .

(١) الابواء - بفتح الهمزة سكنون الموحدة والمبد : جبل من اعيال الفرع بضم الفاء
 والراء وقوله : " اهودان " شك من الراوى وهو مفتاح الواو وتشديد الدال اخره
 نون : موضع بقرب الجحفة . انظر في هذا : الشوكاني - نيل الاوطار / ٥ /
 ٨٧ .

(٢) هذا الحديث متفق عليه اخرجه الامام البخارى في كتاب الحج باب اذا احدى
 للمحرّم حبارا وحشيا حيا لم يقبل . واخرجه الامام مسلم في كتاب الحج ايضا باب
 تحريم الصيد للمحرّم . انظر صحيح الامام البخارى ج ١٢ / ٣ - صحيح الامام
 مسلم ج ١٣ / ٤ .

(٣) هذا الحديث اخرجه الامام مالك في الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عن
 عائشة ورواه البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب عن حفظلة
 ابن ابى سفيان عن القاسم بن محمد نحوه . انظر : الشوكاني نيل الاوطار من
 احاديث سيد الاخير ج ١٠٣ / ١٠٢ / ٦ / الزهلي - نصب الراية لاحاديث
 الهداية ج ١٢٦ / ٤ / سنن الزرقاني على موطأ مالك ج ٤٥ / ٤٤ / ٤ .

واذا ثبت ذلك فان الاصل كما سبق ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه
 لفظ "وقدر اللفظ" هنا على ان الهبة اسم للالتزام من جانب الواهب وحده سواء اكانت الهبة
 هبة عين او هبة منفعة .

" ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المنة والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا
 يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الفرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة
 المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فصل الواهب فيقدر على منع نفسه منه . فاما
 القبول والقبض فتعمل الموهوب له ، فلا يكون مقدر الواهب " (١)

ولهذا لا يقال لمن حلف ان لا يتبرع فواجب ذلك فلم يقبل المتبرع له بانه لم يتبرع
 وانما يقال تبرع الا ان الطرف الاخر لم يقبل .

ثم لما كانت المفاوضات مبنية على المبادلة بين المتعاقدين فكل منهما يخرج عن ملكه
 مالا ويدخل فيه ما يقابله من مال صاحبه كان لابد من معرفة رضا الجانبين بكل من
 الداخل والخارج ، ورضا الجانبين بذلك لا يتم الا بايجاب وحده بل لابد من القبول
 ايضا ولهذا كان القبول والايجاب ركنا في عقود المفاوضات باتفاق . (٢)

أما في التبرعات فلما كان احد الطرفين وهو المتبرع يخرج من ملكه المال ،
 ولا يدخل فيه ما يقابله من الطرف الاخر كان المعتبر رضا المتبرع وحده ، نظرا الى انه
 المتبرع باخراج المال . اما الطرف الاخر فلا يعتبر ملتزما بشيء ما فلا حاجة لقبوله
 كركن في العقد والمنفعة المتبرع بها في عقد الصارية تخير من يد مالها دون ان يدخل

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٦٢٠

(٢) المرجع السابق ج ٨ / ٣٦٦٩ / ٣٦٢٠

وانظر الهابرتي - شن العناية على الهداية ج ١٩ / ١٩ حاشية سعدى اغندى

ج ١٩ / ١٩

في ملكه عوضا عنها فالملتزم هنا هو المالك للمعين ، اما الطرف الاخر فلا يلتزم
بمعرض ما تقبله شرط : لثبوت الملك والتصرف في المنفعة المملوكة له ، لا سبب
لوجود العقد .

لهذا ، وجب ان يتم العقد بايجاب المالك ، لكن لا يملك الطرف الاخر
اي تصرف في منفعة المعين مالم يقبل على اعتبار ان قبوله شرط لثبوت الملك والتصرف
لا يصح مالم يثبت الملك (١) ، وذلك كالاترار والوصية فكل منهما التزام من طرف
واحد وهو التزام تام لا يتوقف على قبول الطرف الاخر .

فلو حلف لا يقر ولا يوصي بشئ ، فاقرا او اوصى ولم يقبل الطرف الاخر لا يقال : ان
الملتزم هنا لم يقرأ ولم يوصي ^{بوصي} نظرا لان الطرف الاخر لم يقبل . بل يقال : اقرا
او اوصى الا ان الطرف الاخر لم يقبل .

ولهذا بحث كل من الموصي والمقر اذا حلف لا يقر او لا يوصي فاقرا او اوصى
وان لم يقبل الطرف الاخر . (٢)

وكذا المارية وما شاكلها . التزام بالتبرع من جانب واحد فيتم العقد بايجاب
هذا الجانب بشرط النظر عن قبول الجانب الاخر .
ولا يقال : بان في هذا الزاما للمالك على الغير بدون قبوله . وهو لا يجوز ، لان
للتبرع له ان يرفض ذلك الايجاب فاذا رفضه لم يثبت العقد . والله اعلم .

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر المراجع السابقة .

المبحث الثالث

وسائل التعبير عن ارادة المقعد

سبق أن الصيغة : عبار عن الوسيلة التي يتم بها التعبير عن ارادة المقعد لان الارادة والرضا ايمان نفسيان لا يمكن الاطمان عليهما ولا التعرف على تحققهما الا بوسيلة واداة تكشف عنها ، ومن هنا فيشترط في هذه الوسيلة ان تكون ذات دلالة واضحة على ارادة المقعد . ثم ان هذه الوسيلة قد تكون لفظا وقد تكون كتابية او رسالة او اشارة او فعلا وهو ما يسمى بالتعاطي عند الفقهاء * (١)

وفيما يلي سحاول بيان حكم التعبير بهذه الوسائل عن ارادة المقعد عند الفقهاء في ستة مطالب :

- المطلب الاول : في التعاقد بواسطة اللفاظ .
- المطلب الثاني : في التعاقد بواسطة الكتابة .
- المطلب الثالث : في التعاقد بواسطة الرسالة .
- المطلب الرابع : في التعاقد بواسطة الاشارة .
- المطلب الخامس : في التعاقد بواسطة التعاطي .
- المطلب السادس : في التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة

(١) حسين حامد - المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ٢٤٢ .

المطلب الاول : في التعاقد بواسطة الالفاظ

لا أعلم خلافا بين الفقهاء في جواز التعاقد بالالفاظ لانها الاصل في التعبير فهي ادل من غيرها على اظهار الرغبة في العقد والرضا به وادق الوسائل ووضحها لابرار ما يحتمل في صدر الاصلان وما يختلج في نفسه . (١)

قال الشاعر :

ان الكلام لشيء القوي اد وانما . . . جعل اللسان على الفؤاد دليلا

ويعتقد عقد العارية عند الفقهاء بكل لفظ يدل على ارادة هذا العقد ولا أعلم فقي ذلك خلافا بين الفقهاء . (٢)

ثم لما كانت الالفاظ منها ما هو واضح الدلالة على المراد بسبب كثرة الاستعمال ومنها ما هو مستتر الدلالة بالاستعمال وان كان معناه ظاهرا في اللغة العربية فقد قسم الفقهاء الالفاظ الصالح للتعبير عن الارادة الى صريح وكناية :

وفي السطور التالية سابين ان شاء الله معنى كل منهما ووقف الفقهاء من انعقاد العقد بواسطتهما .

-
- (١) ابن بختيم - البحر الرائق - شرح كنز الدقائق ج ٢٨٥/٥ وابعدها ج ٢٨٠/٧
 ه ابن عابدين - قوة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٣٨٤/٨ وابعدها ه
 شرح الخروشي على مختصر سيدي خليل ج ١٣٧/٥ ه ابن قدامة - المغنسي
 الدرر ير الشن الكبير ج ٣٩١/٣ ه ابن مفلح - الصمد في شن القنع ج ١٣٧/٥
 ابن قدامة - المشتى ج ٢٨٠/٣ وابعدها ه ج ١٦٦/٥ ه البهوتي
 كشف القناع عن متن الاقناع ج ٦٢/٤ .
 (٢) انظر المراجع السابقة ١

اللفظ الصريح :

الصريح في لغة العرب : هو البين الظاهر كما يلقى ويراد به الصافي الخالص مما يشوبه (١) وعرفه النحاة بتعريفات متعددة :

عرفه الاحناف ، فقال قاضي زادة منهم : الصريح ما انكشف المراد منه غشى نفسه فينبأ ناول الحقيقة غير المبهورة ، والمجاز المتعارف (٢)

وعرفه المالكية بأنه " ما يدل على معنى لا يحتمل غيره الا على وجه الهمد " (٣)

وعرفه الشافعية بأنه " اللفظ الموضوع لمعنى لا يشبه منه غيره عند الاطلاق " (٤)

وعرفه الحنابلة بأنه " ما لا يحتمل غيره بحسب الوضع العرفي من كل شئ " وضع

له اللفظ من طلاق وحق ولها و غيرها " (٥)

وكلها تعاريف متقاربة تدل على ان اللفظ الصريح في الجملة : " لفظ

مكتشف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال حقيقة كان ام مجازا " (٦)

(١) الفيروزبازي - القاموس المحيط ج ١ / ٢٣٣ / ٢٣٤ مادة (صر) ، الزيات

المعجم الوسيط ج ١ / ٥١٤ مادة (صر)

(٢) قاضي زادة - نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار " تكملة فتح القدير "

ج ١ / ٦ / ٧٠ ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج /

٨ / ٣٨٥ ، ابن نجيم - البحر الرائق ج ٣ / ٢٦٩ .

(٣) القراني - الفرق ج ٣ / ١٥٢ ، الفرق (١٦١) وانظر تهذيب الفرق

بها من الفرق ج ٣ / ١٩٠ .

(٤) السيوطي - الاشياء والنظائر ٢٩٣

(٥) البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقتراح ٢٤٥ / ٥

(٦) الجرجاني - التعريفات ١١٦ ، البكري - الصباح المنبرج ١ / ٣٦١ ،

التوبيخى عند الكفالة /

الخاص

فإذا أظهر القاعد ارادته للعقد بواسطة هذا اللفظ ثبت حينئذ موافقه وان لم تتوفر لديه نية التعاقد ولا اعلم خلافاً بين القهاء في ذلك * (١)

ومن الالفاظ المبرحة في عقد المارية : اعترافه جواباً لآخرى ، كذا للمدعي احتمال هذين اللفظين لغير عقد المارية بسبب كثرة استعمالها فيه ولا اعلم خلافاً بين القهاء في ذلك * (٢)

وزاد الاحناف والحنابلة على هذين اللفظين الالفاظ التالية :

- ١ - اخذ منك عدي . لان ذلك اذن باستخدام العهد فيراد به المارية .
- ٢ - داري لك سكن . وداري لك عمري سكن * لان قوله داري لك محتمل ان يكون له رقبته ويحتمل ان يكون له منقبتها وقوله سكني محكم في ارادة المنقصة فيحمل المحتمل عليه لان قوله : سكني ، خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل (٣) *

(١) الفتاوى - شرح التلويح على التوضيح ج ١/١٢٢ . واماد افندي

- مجمع الاثر شرن ملتقى بخرج ٥/٤/٢ ، القراني - الفروق ج ١/١٢٨ ، الفروق (٢٩) ، البهوتي - كشف القناع ج ٥/٤٤٦ ،

(٢) الزيلعي - تبين الحقائق - شرح كنز الدقائق ج ٥/٨٤ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢/٢٠٦ ما يعم بهامش لجنة السالك حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣/٤٥٢ ، البهوتي - كشف القناع ج ٤/٦٢ .

(٣) الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥/٨٤ ، ابن ملجم - المدعي في شرح القناع ج ٥/٣٢٠ .

ذكر الاحناف ايضا : " اطلعك ارضي " لان الاطعام اذا اضمحلف الى مالاته كل عينه يراد به ما يستعمل منه مجازا لانه محله " (١) ولم اجد فيهما اطلعت عليه من كتب القضاة ، ذكرنا لهذا اللفظ .

وزاد الحنابلة على الالفاظ السابقة : " غلة هذه العين لك " قال ابن مفلح منهم : " لانه في التحقيق هبة المنافع والمنافع انما تستوفى بمضى الزمان شيئا فشيئا ويبتطل بموت احدهما " (٢)

وزادوا ايضا ، على الالفاظ السابقة بما يلي : اعطى هذه الدابة لاركبها او لاجل عليها ، واسترح على هذه الدابة او ابحتك الانتفاع بها لدلالة هذه الالفاظ على ارادة عقد العارية دون غيره " (٣)

ذكر الشافعية من الالفاظ الصريحة في عقد العارية : ابحتك الانتفاع بهذه العين او خذها لتتفع بها واركب هذه الدابة او اركب هذه الدابة او اذنت لك بركوبها ونحو ذلك . قال الرملي من الشافعية ، بعد ان ذكر هذه الالفاظ : " وظاهر كلامهم صراحة جميع هذه الالفاظ ونحوها وانه لا كتابة للعارية وفيه توقف ظاهر " (٤)

وعلق الشيرازي على ذلك فقال : " قوله : وفيه توقف لوقيل : ان نحو خذ او ارتق به كناية لم يبعد ولا يضر صلاحية خذ للكناية في غير ذلك " (٥)

-
- (١) الزيلعي تبين الحقائق ج ٨٤/٥
 - (٢) ابن مفلح - المبدع في شرح القنع ج ٣٧٠/٥
 - (٣) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٦٢/٤
 - (٤) الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ١٢٣/١٢٢/٥ ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج ٥٢١/١
 - (٥) حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج ج ١٢٣/٥

والذى يهمنى ما سبق ان نقهاء المذاهب القسمية متفقون على ان كل لفظ يستدل
دلالة واضحة على اراد تقعد المارية د ون ان يحتمل غيره فهو لفظ صريح فى التفسير
عن هذا المقد . (١)

على هذا نكل لفظ فهم منه النظم اراد تقعد المارية د ون غيره من المعنى
فهو لفظ صريح فيه .

اللفظ الكنائسى :

الكتاية فى اللغة العربية مأخوذة من " كنى " به عن كذا ويكنو كناية : تكلم بها
يستدل به عليه . وان تتكلم بشئ " وانت تريد لغيره " او بلفظ يجاذبه جانبها
حقيقة او مجازا . (٢)

واما فى اصطلاح النقهاء فلمهم فى ذلك عدة تعاريف منها :

ما جاء فى البحر لابن نجيم ان الكناية : ان يصر عن شئ " محين لفظا كان
او معنى بلفظ غير صريح فى الدلالة عليه " اما للايهام على بعض السامعين كقولك
جاءنى فلان وانت تريد زيدا " وقال فلان : كيت وكيت ايها ما على بعض من يسمع
اول شاعة المعبر عنه كهن فى الفصح او للاختصار " كالتعاضد او لنج من الفصاحة
كفلان كثير الرماد او لغير ذلك " (٣)

ومنها ما جاء فى الفرق للقرائى من ان الكناية : " ما ليس موضحا للمعنى المراد لفة
لكن يحسن استماله مجازا لوجود الملاقة القريبة بينهما " (٤)

-
- (١) انظر من هذه الرسالة
(٢) الفيروزبازى - اقامور المحيط ج ٣٨٤ / ٤ مادة " كنى " - المجموع
الوسط ج ٨٠٨ / ٢ مادة " كن " .
(٣) ابن بشيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٣٢١ / ٢
(٤) القرائى - الفرق ج ١٥٣ / ٣ ، الفرق (١٦١) .

ومنها ما جاء في كشف القناع من انها " ما يحتمل غير المعنى المراد ويدل على معنى الصريح " (١).

وما سبق يوضح أن الكتابة عند الفقهاء في الجملة " اسم لكلام استتر المراد منه بالاستعمال وان كان معناه ظاهرا في اللغة وسواء اكان المراد به الحقيقة أو المجاز فيكون هناك تردد فيما اريد به " (٢) وعلى هذا فلا بد من النية أو ما يقسم مقامها " (٣).

ومن الالفاظ الكثائية في عقد العارية لفظان ذكرهما الاحناف وهما " حملتك ومنحتك " . اما حملتك " فلانه لفظ يستعمل في العارية والهبة على حد سواء ، فيقال حمل فلان فلانا على دابته ويراد به الهبة تارة والعارة اخرى . فاذا نوى المبيع بذلك احد هما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى بالشك " (٤) . واما منحتك فاختلف فيه فقهاء الاحناف : فذهب جماعة منهم : الى ان هذا اللفظ لفظ صريح في العارية لقوله عليه الصلاة والسلام : " المنحة مردودة والعارية مؤداة " (٥) واصل المنح ان يعطى الرجل

(١) الههوانى - كشف القناع عن متن الاقتناع .

(٢)

(٣) السيوطى - الاشباه والنظائر / ٢٩٣ / ٢٩٤ ، القرانى - الفرق ج / ١ / ١٧٨

الفرقى (٢٩) ، الههوانى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٥ / ٤٤٦ الزيلعى

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٤

(٤) ابن عابدين - حاشية قرة بيون الاخبار ج / ٨ / ٣٨٥ - الزيلعى - تبين

الحقائق ج / ٥ / ٨٤

(٥) هذا الحديث سبق تخريجه . انظر من هذه الرسالة .

ناقاة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهما ثم كر ذلك حتى قبيل في كل من أعطى شيئا منح ، فإذا أريد بهذا اللفظ الهبة ، أفاد ملك المين والا بقى على أصل وضعه .

ومن ذهب إلى هذا القول منهم ، المرغيناني في كتاب الهبة وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجاني وابن نجيم . (١)

وذهب آخرون منهم : إلى أن " منحتك " حقيقة في تملك المين ، مجاز ، ففى تملك المنفعة . قال ابن عابدين بعد ذكر هذا القول : " ويحتمل أن يكون الأمر بالعكس " أى بأن تكون حقيقة فى تملك المنفعة مجاز فى تملك المين . (٢)

وفصل فى هذا الأمر شيخ الاسلام ابو بكر خواهر زاده فقال : " إذا قال : منحتك أن كان مضافا إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء المين يكون : إعارة وان أضاف إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وذلك لأن المنحة تذكر ويراد بها الصارية . قال النبى صلى الله عليه وسلم : " والمنحة مردودة " وأراد به العارية لأن الهبة لا تكون مردودة وإنما المردود الصارية وتذكر ويراد بها الهبة : قال منيع فلان فلانا . أى وهب له ، وإذا كانت اللفظة صالحة للأمرين جميعا والعمل بهما متعذر فى عين واحدة لأن المعنى الواحدة لا يتصور أن تكون فى محلين عارية وهبة فى وقت واحد عملنا بهما مختلفين . قلنا : إذا أضيفت المنحة إلى عين يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل عارية وإذا أضيفت إلى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما فى المكيل والموزون توفيرا على الممينين حفظهما بقدر المكان . (٣)

- (١) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٢٦/٩ مطبوع مع تكملة فتح القدير والنهاية وحاشية سعدى . حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى على تبیین الحقائق ج ٨٤/٥ . مطبوع بها مش تبیین الحقائق للزىلى . ابن نجيم - البحر الرائق شرح كتر الدقائق ج ٢٨٠/٧
(٢) ابن عابدين - منحه الخالق على البحر الرائق ج ٢٨٠/٧
(٣) حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى على تبیین الحقائق للزىلى ج ٨٤/٥ .

والذى يظهر من تعريف الصريح والكناية ان معرفة دلالة هذه الالفاظ راجع الى ما اصطلح عليه الناس فما اطلقوا على انه ما لا يحتمل معناه امراً اخر فهو صريح فيعتقد العقيد به بدون نية والا فكناية لا ينعقد برونانية . والله اعلم .

المطلب الثاني : التعاقد بواسطة الكتابة :

الكتابة هي احدى الوسائل المترجمة يدور في نفس نفع الانسان من احاسيس ورغبات فهي اداة تمثيل تكشف عما يريد الانسان والا يريد وتصح عما يجول في خاطره من مشاعر وممان يرغب في ابدائها لغيره .

الا ان الكتابة مهما كشفت عن الارادة بشكل واضح فاللفظ اوضح منها بلا شك فهي ^{وسيلة} الوسيلة للتعبير عن الارادة تحتل المركز الثاني بعد النطق باللسان . فاللفظ اصدق وسائل التعبير عن الارادة وادلها على المراد لانه الاداة المعتادة للتعبير عما يريد الانسان ويرغب فيه والوسيلة الطبيعية والواضحة عند جميع البشر . فالاصل في التعبير عما يجول في صدر الانسان هو اللفظ وما عدا ذلك من كتابة وغيره فهداغل عنه .

ولما كان اللفظ اولى من الكتابة في التعبير عن الارادة كان في جواز التعاقد بالكتابة خلاف بين الفقهاء ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : يصح انشاء العقد بالكتابة سواء كان المتعاقدان حاضرين في المجلس ام غائبين سواء منحن النطق مانع كخوس ونحوه او لم يمنع منه مانع ما . ويستثنى من ذلك كل عقد يتوقف على الاشهاد فلا ينعقد بمجرد الكتابة بل لابد من سماع الشهود لكل من الايجاب والقبول حتى يتسنى لهم الشهادة على وجود الرضا بين المتعاقدين .

والى هذا القول ذهب الحنابلة واليه ذهب الشافعية في احد القولين عنهم وهو

المذهب كما قال في الروضة ، وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية ان المقد ينحصر
عندهم بكل ما يدل على الرضا والى هذا ذهب الاحناف اذا كان المتعاقدان غائبين (١)
اما التعاقد بالكتابة بين حاضرين فلم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم — ذكرنا —
ولم نلهم انما املوا الكلام عليه لندرة التعاقد بين الحاضرين بهذه الوسيلة — وهدم
حاجتها اليها في الثالب وقد لا معنى عدم ذكرهم لذلك عدم الاعتداد بالكتابة كوسيلة
لانشاء عقد الحاضرين خاصة وانهم يقولون بمحة التماطى كوسيلة للتعبير عن
ارادة المقد ولا شك ان الكتابة اوضح وادل من التماطى على ارادة التعاقد .

القول الثانى : لا يصح انشاء المقد بالكتابة سواء كان المتعاقدان حاضرين
ام غائبين مالم يمنع من النطق باللفظ مانع كالأخس مثلا . والى هذا ذهب الشافعية
فى احد القولين عندهم . (٢)

- (١) السهوى — كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ١٤٨ / ٣ ، ج / ٦٢ / ٤ — ابن مفلح
المبدع فى شرح المقنع ج / ١٣٢ / ٥ — ابن تيمية — الفتاوى ج / ٧ / ٢٩ وما بعدها
من صفحات الدردير — الشرح الصغير وحاشية بلغة السالكين ج / ٤ / ٣ / ٢ /
٢٠٦ — ابن جزى — قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ — النووى — روضة الطالبين
ج / ٣٣٨ / ٣ وما بعدها — الشيرازى — المذهب ج / ٢٦٤ / ١ — الشربيني — مغنى
المحتاج ج / ٥ / ٢ — الانصارى — اسنى الدلائل شرح رضى الدلائل ج / ٤ / ٢ /
السيوطى — الاشياء والنظائر / ٣٠٩ / ٣٠٨ — ابن الهمام — شمس فتح القدير
ج / ٢٥٤ / ٦ وما بعدها . ابن عابد بن رذ المحتار الى الدر المختار ج / ١٠ / ٤ /
١١ / — نظام الفتاوى الهندية ج / ٩ / ٣ .
- (٢) الشيرازى — المذهب ج / ٢٦٤ / ١ — النووى — روضة الطالبين ج / ٣٣٨ / ٣ /
٣٣٩ — السيوطى — الاشياء والنظائر / ٣٠٩ / ٣٠٨ — الرملسى
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٣٧٣ / ٣ .

وذلك لعدم الحاجة الى الكتابة مع المقدرة على النطق خاصة وان اللفظ هو الاصل
في التعبير عن الارادة بين جميع البشر وما سواه فهو يدل عنه فلا يترك الاصل اللفظية
والضرورة مع القدرة على النطق .

فان قال قائل : بان غياب احد المتعاقدين ضرورة في صحة العقد بواسطة
الكتابة فيمكن ان يجاب عليه بان لا ضرورة هناك . اذ بإمكان احد المتعاقدين
ان يوكل غيره من يريد لابرام العقد حيث يوجد العقد الاخر وهذا تنفسي
الضرورة (١) .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال بان مناط انعقاد العقد هو الرضا فكيف
اداة تدل دلالة واضحة على تحققه ووجوده فلا مانع من استخدامها والكتابة تنفي
بهذه الغرض فاستوت هي واللفظ في الكشف عن ارادة المتد والرغبة فيه فليس هناك
ما يمنع من صحة انعقاد العقد بواسطتها طالما انها قد افادت نفس النتيجة التي
افادها اللفظ وهي الكشف عن الارادة والرغبة في التعاقد .

على ان الحاجة قد تنس للكتابة في حالة غياب احد المتعاقدين حيث تعتبر الوسيلة
المستطاعة لاجراء العقد حينئذ اذ ليس في استطاعة كل انسان ان يسافر من اجل
التعاقد على بيع او اجارة او اعادة او غير ذلك كما قد لا يوجد الشخص الذي يطمئن
اليه ليؤكده في ابرام العقد حيث يوجد الطرف الاخر .

فلو لم يصح التعاقد بواسطة الكتابة حينئذ لكان في ذلك من المشقة والحرج على
الناس ما لا يتفق مع روح الشريعة الاسلامية المبينة على اليسر والسهولة وعدم الاخلال
بمصالح الناس والتضييق عليهم .

ولهذا ، ولما سبق ، لم يجد اصحاب القول الاول مانعا من جـواز انعقاد المقد بواسطة الكتابة فاذا كتب المصير الى المستعير وهو حاضر لديه اوقائب عنه : امرتك ببقى الفلاني مثلا انعقدت المارية . فاذا قبل المستعير حين وصول الكتاب في مجلس الوصول بالكتابة ايضا او بالخلق ثبت له حينئذ حقوق التصرف في منفعة المارية . (١)

ولعل هذا القول هو الراجح لما سبق ، من ان الميرة في العقود الرضا والرضا امر خفي لا يمكن الاطلاع عليه الا بوسيلة تكل ما يمكن به الكشف عنه فليس هناك ما يمنع من اعتباره وسيلة له . بوجـه . بواسطتها التماقد والكتابة من هذا النوع فلا مانع من انعقاد المقد بواسطتها لانصاحها عن الارادة كما يفصح عنها اللفظ . والله اعلم .

المطلب الثالث : التماقد بواسطة الوسالة :

الرسالة في اللغة العربية : كلمة تطلق ويراد بها التسليط والاطلاق والاهمال والتوجيه . قال في القاموس المحيط "الارسال : التسليط والاطلاق والاهمال والتوجيه والاسم : الرسالة بالكسر والفتح " . وقال في حاشية القاموس المحيط " والرسول يكون بمعنى المرسل ومعنى الرسالة " . (٢)

-
- (١) ابن تيمية - الفتاوى ج ٧/٢٩١ وابعدهما من منفعات
(٢) الفيروزبادي - القاموس المحيط ج ٣/٣٨٤/٣٨٥٠ مادة (الرسول)
الزيت - المعجم الوسيط ج ١/٣٤٤/٣٤٥ مادة (رسول) .

والرسالة في اصطلاح الفقهاء : ان يحثاحد المعاقدين الى الآخر رسـولا
ليخبره بارادته للمقد ورضاه به فيقول مثلاً للرسول : اذهب الى فلان واخبره بانسى
اعتره دارى . فاذا اذهب الرسول واخبر المستمير قبل ذلك ثبت له حق التصرف
في المنفعة . ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)

وهذا الاختلاف ان المعاقدين اذا اوجب العقد لشخص والى من احده الناس ان يملئه
ذلك فلا يشترط لصحة العقد ان يملئه الرسول دون غيره بل يصح العقد اذا قبل به
بعد ان يملئه ايجاب الموجب من انسان سمعه سواء كان الرسول او غيره وهذا ظاهر
ما ذهب اليه جمهور الفقهاء . (٢)

وبذلك نظرا الى ان رضاء الموجب بالعقد متحقق منه اذ لو لم يكن راضيا في التعاقد
لما كلف نفسه مهمتا رسال الرسول للطرف الاخر ليملئه بايجابه .
واذا ثبت انه راضى في التعاقد فلا فرق حينئذ بين ان يملئه هذه الرغبة الرسول او اى
انسان اخر . (٣)

- (١) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٢٥٥/٦ - ابن عابدين - رد المحتار على
الدر المختار ج ١٠/٤ ، نظام - التناوى الهندية ج ٤/٣ ، حاشية
الحدوى على كفاية الطالب الربانى ج ١١١/٢ - الدردير - الشرح الصغير
وحاشيته بلغة السالك للصاوى ج ٤/٣/٢ - النووى - روضة الطالبين
ج ٣٣٩/٣ ، الاهارى - اسنى الطالب شرح رضى الطالب - ج ٤/٢ .
الشرينى - معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المناهج ج ٥/٢ ، البهوتى
- كشف القناع عن متن الاقتناع ج ١٢٨/٣ ، ج ٦٢/٤ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

وهذا بخلاف ما اذا اوجب الموجب المقدم ولم يكلف احدا بابلاغ الموجب له
 فطمع احد الحاضرين فابله ذلك . فاذا قبل فلا يعتبر قبوله في هذه الحال
 سببا لثبوت الملك له وذلك لان مبلغ الايجاب فضولي ، حيث لم يصدر من الموجب
 ما يدل على رضته في اخبار الموجب له بما صدر منه . اذ لو رغب ذلك لامر باخباره
 والى هذا ذهب الاحناف (١) ولم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء نصا صريحا
 يخالف ما ذهب اليه الاحناف في هذه المسألة .

المطلب الرابع : التماقد بواسطة الاشارة :

اهتم الفقه الاساسي بالاشارة وناقش مدى صلاحيتها للتعبير عن الارادة وللقهاء
 حيال هذا الامر رأيان رئيسيان :

الرأى الاول : تعتبر الاشارة وسيلة صالحة لانشاء العقد في الجملة . مطلقا
 سواء كان التماقد قادرا على النطق او عاجزا عنه .

والرأى الثاني : يفرق بين اشارة العاجز عن النطق واقادير عليه فيعتبرها من
 الاول ولا يعتبرها من الثاني .

فكلا الرايين يتفقان ان على اعتبارها من العاجز عن النطق في الجملة بخلاف الثاني
 عن خلافهم في بعض صور المعجز .

ثم ان الاشارة التي هي محل الخلاف الاشارة الفهومية اما غير المفهومية فلا اعلم
 خلافا بين الفقهاء في عدم اعتبارها مطلقا الا ما حكاه الدردير عن بعض المالكية
 حيث اعتبروها من باب الكناية الخفية فيترتب عليها اثرها بالنسبة وهو قول ضعيف
 كما اشار الى ذلك الدردير لان الاشارة من باب الافعال لا من باب الكنايات . (٢)

(١) ابن الهمام : شرح فتح القدير ج ٦ / ٢٥٥ - ابن عابدين - رد المختار على
 الدر المختار ج ٤ / ١٠ ، نظام - الفتاوى الهندية ج ٣ / ٤٣

(٢) الدردير - الشرح الكبير ج ٢ / ٣٤١ ، ج ٣ / ٣٩١ وانظر حاشية
 الدسوقي وهي موجهة معه في كتاب واحد .

ولهمان ما أجملته سابقا سأحاول بيان ذلك في المسائل التالية :

المسألة الاولى : اشارة الناطق .

المسألة الثانية : اشارة لما جاز عن النطق •

المسألة الثالثة : بيان الراجح في التعاقد بواسطة الإشارة .

المصالح الأولى : اشارة الناطق :

اختلاف الفقهاء في الاعتماد بأشارة القادر على النطق لانشاء العقود ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : ان الاشارة المشهورة الدخلى الرضا عرفا تعتبر وسيلتصالحة للتبشير
عن ارادة الحق مطلقا سواء كان المصبر بها قادرا على النطق او غير قادر.

والى هذا القول ذهب المالكية وابن نيمية وابن القيم من الحنابلة • وسيد والله اعلم •
انه وجه عند الحنابلة • (١) •

ومن ادلة المالكية ومن معهم على ذلك ما ثبت بالكتاب والسنة رد الا على ان رضا المتعاقدين امر متوقف صحتا الحقوق على توافره كما سأتى بيان ذلك قريبا .

والرضا المسمى له الشريعة الاساسية معينة معينة لا يتعداها الى غيرها وانما تركت ذلك لاصطلاح الناس وقرنهم فكل وسيلة تكشف عنه عرفا فلا مانع انشاء الحق بواسطتها سواء ادلت عليه لغة او لا . والاشارة من هذا القبيل فلا مانع من اعتبارها وسيلة صالحة لانشاء الحق متى فاضهم الناس منها الدلالة على الرضاء (٢)

(١) المرجع السابق • وانظر - الدردير - الشرح المصنوع ٢/٣/٢٠٢٠ • مطبع

بمهام بلدية السالك للصاوي • الخطاب - مواهب الجليل لشعر مختص خاسا

ج ۲۲۹/۴ • ابن تیمیہ - الفتاوی ج ۱۳/۲۹ • ابن القیم - اعلام الموقعین

ج ١١/ ٢٦٣ - المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف • ج ٤/ ٢٦٤

(٢) المراجع السابقة •

وسياتى بشئ من التفصيل بيان ادلة اصحاب هذا القول عند بيان الراجح
فى التعاقد بواسطة الاشارة (١)

القول الثانى : ان الاشارة لا تعتبر وسيلة صالحة لانشاء عقد القادر على النطق
بخلاف الاخروس ونحوه . والى هذا ذهب الاحناف والشافعية ويبدو انه القول الراجح
عند الحنابلة . (٢)

وما استدلوا به على ذلك ان عدول المتكلم عن المفضل مقدّمته عليه الى الاشارة
يدل على عدم ارادته للمقدّم وان اراد بها ذلك لئلا يشار الى ان قصد الانسداد
على انه مستثنى عن الاشارة بما هو ادل ووضح وليس هناك ضرورة تدفعه لاستخدامها
دون اللفظ بخلاف الاخروس ونحوه . (٣)

وساتى مناقشة هذا الدليل عند بيان الراجح فى التعاقد بواسطة الاشارة . (٤)

المسألة الثانية : اشارة الحاجز عن النطق :

الحاجز عن النطق اما ان يكون لخروس اى بان يراد وهو اخروس او لخروس
البارى وهو اما ميوّس منه او يرجى شفاؤه .

- (١) انظر ص من هذه الرسالة
- (٢) ابن نجيم . الاشياء والنظائر / ٣٤٤ . الكاسانى - بدايج الصنائع فى ترتيب
الشرائع ج / ٦ / ٢٩٨٨ / ٢٩٨٩ . ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار
ج / ٩ / ٤ - الانصارى - اسنى المطالبين روضة الطالب ج / ٣ / ٢٢٢ هـ
خاشية الجمل على شمس المنهج ج / ٤ / ٢٣٢ . الشيرازى - المذهب ج / ٢ / ٨٤
المسيولى - الاشياء والنظائر / ٣٣٩ - المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح
من الخلاف ج / ٤ / ٢٦٤ . البهقى - كشف القناع عن متن الامتاع ج / ٥ /
٢٤٩ .
(٣) المراجع السابقة .
(٤) انظر ص من هذه الرسالة .

والقائلون بعدم التفريق بين اشارة الناطق وغيره في صحة انشاء العقد بهما لا يفرقون بالتالي بين الاخرس خرسا اصليا او طارئا موقو ومنه او غير موقوس منه فاكلل عندهم يصح انشاء عقده بالاشارة المفهومة الدالة على الرضا . (١)

واما القائلون بعدم اعتبارها من الناطق فلمهم في الما جز عن النطق تشبيها اذ كره فيها يلي :

- اولا الخوس الاصلي :

اتفق القائلون بعدم اعتبار الاشارة من الناطق على اعتبارها من الاخرس خرسا اصليا اذا كانت مفهومة . وانما اعتبروا الاشارة هنا دون اشارة الناطق كما ذهب الي ذلك المالكية ومن معهم نظرا الى ان الاشارة المفهومة بالنسبة للاخرس خرسا اصليا هي الوسيلة التمييزية التي يبرهن ارادته للضرورة بخلاف القادر على النطق فلا ضرورة لديه تدفعه لاستخدامها . (٢)

هذا اذا كان الاخرس لا يحسن الكتابة اما اذا كان ممن يحسنها فلمهم في اعتبار كل من الاشارة والكتابة في مقام واحد او اعتبار احدهما دون الاخرى ثلاثة اقوال :

- (١) انظر من حفظه الرسالة .
- (٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٦ / ٢٩٨٨ . ابن نجيم - الاشياء والنظائر / ٣٤٣ . الزيلعي - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ١٩٦ . الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ / ٢٧٧ . الشيرازي - المذهب ج ٢ / ٨٤ . حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤ / ٣٣٢ - المهج - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٣ / ٣٦٤ / ٣٦٥ هـ / ٢٤٩ / ٣٩٩ .

القول الاول : ان الاشارة المفهومة معتبرة من الاخرس . وان احسن الكتابة وسؤدى هذا القول ان الاشارة والكتابة متساويان فبايهما عبر الاخرس عن ارادته صح المقد والى هذا ذهب الاحناف والشافعية فى المشهور عنهم . (١)

وذلك نظرا الى " ان الكتابة والاشارة فى منزلة واحد تقريبا . من حيث الدلالة على المراد فالكتابة مقدمة على الاشارة من حيث انها تتضمن ما يقصده الكاتب عينا ، والاشارة مقدمة على الكتابة من حيث انها تكون بالراس واليد ين وهما المضافان للذي ان يستعملين

(١) ابن نجيم - الاشباه والنظائر ٣٤٣/٣٤٤ . على حيد رددر الحكام شرح مجلة الاحكام مادة (٧٠) . ابن الهمام - شرح فتح القدير ج ٤٢/٣ . الانبارى - اسنى الطالب ج ٢٧٧/٣ حاشية الشرقاوى ج ٢٩٨/٢ . قسم الشافعية الاشارة الى مفهومة يفهمها كل من راها . ومفهومة لا يفهمها الا الاذكيا . وغير مفهومة تطلقا . فالاولى : من الاخرس صريحة كاللفظ الصريح من القادرين على النطق . والثانية ثنائية تحتاج الى نية فان نوى بها انشاء المقد ترتب عليها مقصودها وان لم ينوئها ذلك فلفظ . وتعرف نيته عندهم باشارة اخرى اوضح من سابقتها . واما جمهور الفقهاء فقسما الاشارة : الى مفهومة وغير مفهومة فقط .

وهذا التقسيم يدل - والله اعلم - على ان الاشارة التى لا يفهمها الا الاذكيا من قبيل غير المفهومة عندهم . اذ ان يفهم الاشارة بالافهام يعنى كونها واضحة عند كل من يراها ولهذا كانت من الاخرس كاللفظ الصريح ممن غيره عندهم . والتى لا يفهمها الا البعض ليست من هذا القبيل فكانت كما يسدو من باب غير المفهومة . والله الاعلم .

انظر فى هذا : حاشية الشرقاوى على تحف الطالب . ج ٢٩٨/٢ . الدردير - الشرح الكبير ج ٣٤١/٢ ج ٣٩١/٣ - مطبوع بهامش حاشية الدسوقي وانظر هذه الحاشية ايضا . ابن نجيم - الاشباه والنظائر ٣٤٤/٣ ابن عابد بن قرة عيون الاخبار وتكملة رد المحتار ج ٨٢/٢ . الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٢٩٨٨/٦ - المبهوض - كشافا لقناع عن متضمن الاقتناع ج ٣٦٤/٣ .

بهما المتكلم للأعراب من ضميره ومن هنا جعل للأخوس الخيار بين أن يستعمل الكتابة في التعبير عن ارادته وأن يستعمل الإشارة لأنه لا مرجع لواحدة منهما على الأخرى " (١)

القول الثاني : أن الكتابة أولى من الإشارة وهو دى هذا القول ، أن الإشارة لا تتمهر إذا كان الأخوس قادراً على الكتابة وإلى هذا ذهب بعض الأحناف واستحسنه الكمال منهم ، والمحقق عندهم خلافه . كما أشار إلى ذلك ابن نجيم فيها سبق . (٢) واليه ذهب أبو سعيد المتولي من الشافعية .

وذلك نظراً إلى أن الضرورة مندفة بما هو أدل من الإشارة وهو : الكتابة (٣)

القول الثالث : أن الإشارة المفهومة من الأخوس هي المعتبرة فقط . وأما الكتابة فلا تعتبر منه إلا متى اقترنت بالإشارة المفهومة .

وإلى هذا ذهب الحنابلة ، وذلك لأن الكتابة لا تخلو من الاحتمال مهما كانت واضحة إذ قد تكون لتجربة القلم أو المداد أو على سبيل الحيث ونحو ذلك . فإما تقترن بالإشارة المفهومة الواضحة يظل الأمر محتملاً لإرادة المقد وهدمه والمقود لا تنشأ بالشك والاحتمال (٤) .

ثانياً : الأخوس الطارىء :

أما إذا كان المجز عن النطق لأخوس طارئاً ، فليلقها في صحة المقد بالإشارة حينئذ ثلاثة أقوال :

- (١) على حيدر - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام / ١/ ٦٢ مادة (٧٠)
- (٢) انظر ص من هذه الرسالة
- (٣) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج / ٣/ ٤٢ ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر / ٣٤٣ ز الحصكفي - الدر المختار - شرح تنوير الإيضاح ج / ٢/ ٤٢٥ . مطهر بهامش حاشية ابن عابدين - السبوطي - الأشباه والنظائر / ٣٨٨
- (٤) المهجوي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٣/ ٣٦٣ .

- القول الاول : أن اشارة الاخوس خرسا طارئا تعتبر لانشاء جميع تصرفاته
اذا كانت مفهومة . الا ان تصرفاته بها تظل موقوفة الى حين وفاته . فان مات على
خرسه نفذت مستندة الى تاريخ صدورها والا فلا .

والى هذا ذهب الاحناف وهو الراى المعتمد عندهم . (١)

وذلك لان اشارة انما صحت من الاخوس خرسا اصليا للضرورة . والضرورة
لا تكون الا عند الياسمين انطلاق اللسان كما فى الخوس لأصلى .

اما الخوس الطارئ فشقائه غير مؤثر ومنه لكن اذا دام حتى الموت عرف ان
مؤثر ومنه فيلحق بالخوس الاصلى . وحينئذ تنفذ تصرفات من اصيب به بعد موته (٢)

- القول الثانى : ان تصرفات الاخوس خرسا طارئا باشارته موقوفة مدة سنة كاملة
يصح بعدها كالاخوس الاصلى فى صحة تصرفاته باشارته المفهومة .

والى هذا ذهب بعض الاحناف ونسبه ابن عابد بن والطيطوي للتراشي
وهو قول ضعيف عندهم كما اشار الى ذلك ابن نجيم فى الاشياء . (٣)

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا الى ان السنة مدة كافية لاعتبار الخوس مؤثرا
منه حيث تعتبر اشارة الاخوس حينئذ قائمة مما أعبارته للضرورة المتأكدة بضى هذه
المدة " دفعا للحرج وادعى الى استقرار التعامل اذ مما يناقض هذا الاستقرار بقسا
تصرفات من اعتقل لسانه قلقة موقوفة حتى ولو استمر الخوس به الى الموت " طالبت
المدة ام قصرت (٤)

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١٩٦/٢ . ابن نجيم الاشياء
والنظائر ٣٤٤/ حيدر - درر الحكم شرح مجلة الاحكام ج ٦٣/٦٢/١ .
مادة (٢٠) - ابن عابد بن - رد المحتار على الدر المختار ج ٢/٤٢٥

(٢) على حيدر - درر الحكم شن مجلة الاحكام ج ٦٣/١/ مادة (٢٠)
(٣) ابن نجيم - الاشياء والنظائر ٣٤٤/ ابن عابد بن - رد المحتار على الدر
المختار ج ٢/٤٢٥ . حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٢/١٠٨

(٤) المرجع السابق .

- القول الثالث : ان رُجي برؤ الاخوس طارئا بعد ثلاثة ايام فاكر فلا يمتد
بشارته حينئذ الا في اللمان . وان لم يرجى برؤه فتعتبر اشارته المفهومة كما تعتبر
من الاخوس خرسا اصليا .

والى هذا ذهب الشافعية (١) . ولعلمهم انها ذهبيوا الى ذلك نظرا الى ان الاشارة
انها جازت من الاخوس خرسا اصليا لتأكد الضرورة في حقه ، ولا ضرورة في حق من يرجى
برؤه . بعد ثلثة ايام فاكر الا في اللمان بخلاف التعاقد ان بإمكانه ان يؤخره
حتى يشفى من داءه دون ان يضر به ذلك طالما ان شفاؤه منه مرجو خلال ثلاثة ايام
ونحوها ، اما اذا لم يرجى برؤه فيلحق حينئذ بالاخوس خرسا اصليا لتأكد الضرورة
في حقه المتمثلة في حاجته الى التعاقد وفي منعه من ذلك مطلقا مع لباس من شفاؤه
حين كبير . (٢) والله اعلم .

- المسألة الثالثة في بيان الراجح في التعاقد بواسطة الاشارة :

علمنا ان الفقهاء تجاه التعاقد بواسطة الاشارة فريقان :

- فريق : يرى صحة انشاء العقد بواسطة الاشارة مطلقا سواء كان التعاقد قادرا على
النطق ام عاجزا عنه . وسواء كان المجز عن النطق لخرس اصيل او طارئ ميو ومنه
او يرجى شفاؤه وسواء كان قادرا على الكتابة او لا .

- اما الفريق الثاني : فقد رأينا انهم يفرقون بين اشارات القادر على النطق واشارة العاجز عنه
فيعتبرونها من العاجز عن النطق في المقود على تفصيل ذكرناه فيما سبق ولا يعتبرونها
من القادر على النطق . (٣)

(١) حاشية الجمل على سن المنهج ج ٤ / ٣٣٢

(٢) المرجع السابق

(٣) انظر من هذه الرسالة .

والذى يدولى من استطراد اراء الفريقين وادلتهم ان الراى الراجح - والله اعلم : هو راي الفريق الاول . القائل باعتبار الاشارة المشبهة الدالة على الرضا عرفا وسيلة صالحة لانشاء العقد من القادر على النطق وغيره وذلك نظرا لما يأتى :

(١) قال الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " الا أن تكون تجارة من ترار بينكم " . (١)

وقال تعالى : " فان أبين لكم من شئ منفضنا فكلوه هنينا مريضا " (٢)
فدل على ايمان الكريمتان على ان المبرة فى صحة عقود المعاضات ، الرضا ، وفى عقود التبرعات طيب النفس . فالاية الاولى فى جنس المعاضات . والاية الثانية فى جنس التبرعات .

وهنا نلاحظ ان الشارع الحكيم عندما اشترط الرضا لانشاء العقود كما هو واضح من الآيتين السابقتين لم يشترط لظاهره عبارة او فعلا معينا دون غيره وانما ترك ذلك للاصلاحي التام وعرفهم فكل ما دل على رضا دلالة بينة وانحة عندهم صلح لانشاء العقد بدلالة القران . ومن ذلك الاشارة . (٣)

(٢) " ان الاعارة والبيع والاجارة والهبة ونحوها اسما لعقود جاء ذكرها فى الكتاب والسنة المطهرة محلها عليها احكام شرعية . وكل اسم لا بد له من حد وحدد الاسماء انما تعرف عن طريق احد ثلاثة مصادر : اللغة او الشرع او العرف . فسم يعرف عن طريق اللغة العربية كالشمر والتمر والسماء ونحوها . فسم يعرف حده عن طريق الشرع . كالمؤمن والكافر ، والعالة ونحوها . فسم ليس له حد فى اللغة العربية ولا فى الشرع فالمرجع فيه الى عرف الناس واصلاحهم كالتبش المذكور فى قوله عليه الصلاة والسلام " من ابتاع طعاما

(١) سورة النساء اية رقم ٢٩

(٢) سورة النساء اية رقم ٤

(٣) ابن تيمية - الفتاوى ج ١٤ / ٢٩ / واحد ها .

فلا يصح حتى يقبضه " (١) . وصرف ان البهع والاعارة والاجارة ونحوها من العقود اسماء ليس لها حد في لغة العرب بحيث يقال : ان اهل اللثة مثلا يسمون هذا التصرف بهذه الصيغة او اعارة ولا يسمونه بهذه الصيغة كذلك حتى يدخل احدهما في خطاب الله ، ولا يدخل الاخر بل تسمية اهل الصرف هذه المقادير بيما او اعارة بآي صيغتان دليل على انها تسمى في لغتهم بذلك الاسم والاصل بقاء اللثة وتقريرها لا نقلها وتغييرها .

هذا من حيث اللثة . اما من حيث الشرع فلم يرد لا في الكتاب ولا في سنة رسول الله حد لشيء من ذلك ولا نقل عن احد من الصحابة والتابعين انه عين للعقد صيغة معينة من اللفاظ او الافعال او قال ما يدل على ذلك من انها لا تنعقد الا ببيع خاصة بل قيل ان هذا القول مما يخالف الاجماع القديم .

فان لم يكن لصيغ العقود حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع فيها الى عرف الناس واصطلاحهم فما اعتبروه اعارة فهو اعارة وما اعتبروه بيما فهو بيع سواء اكانت وسيلة للتعبير عن الارادة لفظا او فعلا او كتابة او اشارة " (٢)

٣ - " ان تصرفات الصناد من الاتوال والافعال نهران : عبادات يصلح بها دينهم وعبادات يحتاجون اليها في دنياهم واستقراء نصوص الشريعة نعلم ان الصنادات التي اوجبه الله واحبها لا يثبت الا مربها الا بالشرع واما العبادات

(١) هذا الحديث أخرجه الجماعة الا الترمذي بهذا اللفظ ، وروى بالفاظه اخرى متقاربة عند البخاري ومسلم واحمد بن حنبل . وابوداود والدارقطني وابن ماجه والنسائي . انظر في هذا :

صحيح الامام البخاري ج ٦٠/٣ - صحيح الامام مسلم ج ٢/٥١

المسوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٢٥٦/٥

(٢) ابن تيمية - الفتاوى ج ١٥/٢٩ وابوداود من صفحات بشي من التصرف .

فهي ما اعتادوه الناس في دنياهم مما يحتاجون اليه والاصل فيعدم الحظر فلا يحظر منه الا ما حظره الله سبحانه وتعالى . وذلك لان الضر والنهي هما شرع الله والعبادة لا يد . وان تكون مأمورا بها فمالم يثبت انه مأمور به كيف يحكم عليه بانه عبادة ومالم يثبت من العبادات انعني عن فكيف يحكم على انه محظور . والعبادات الاصل فيها المحظور فلا يحظر منها الا ما حرمه والادلة لنا في معنى قوله تعالى : " قل أرايتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا " (١) .

واذا ثبت هذا فان البيع والهبة والاعارة والاجارة وغيرها من العقود من العبادات التي يحتاج الناس اليها في معاشهم كالاكل والشرب والملبس فهي مبرورة قبل الاسلام وهذا جاء في الشريعة الإسلامية حسنت من وضع هذه العبادات فحرمت منها ما فيه فساد واوجبت ما لا بد منه وكرهت ما لا ينهي واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في انواع هذه العبادات وقاديرها وصفاتها .

واذا كان الامر كذلك فالناس يتماقدون كيف شاءوا مالم تحرم الشريعة كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا مالم تحرم الشريعة . واذا كان بعض ذلك قد يستحب او يكون مكروها . ومالم تحد الشريعة في ذلك حدا فييقون فيه على الامانة الا على .

ثم ان التصرفات جنسان عقود وقبوض . فاذا كان المرجع في القبض الى عرف الناس هاد اتهم من غير حد يستوى فيه جميع الناس في جميع الاحوال والاقات كذلك العقود . (٢) .

(١) سورة يونس آية رقم (٥٩) .

(٢) ابن تيمية - الفتاوى ج ١٦ / ٢٩٩ . وما بعدهما من صفحات بشي من التصرف .

وإذا اتضح بما سبق هـ ان التعبير عن ارادة العقد متروك لاصطلاح الناس هـ
فليس هناك ما يمنع من اعتبار الاشارة مظهرها من مظاهر التعبير عن ارادة العقد
اذا كانت اشارة مشهورة تدل دلالة واضحة على الرضا في عرف الناس واصطلاحهم
اذ المبرة بتوفر الرضا لدى المتعاقدين لا يمنع وشكل الوسيلة التي تكشف عنه فاذا ادت
الاشارة هذا الغرض كانت وسيلة صالحة لانشاء العقد وحينئذ فلا فرق بين ان يكون
المشير قادراً على النطق او عاجزاً عنه ولا بين ان يكون الخرس اصلياً او طارئاً طالما
ان الناس قد تعارفوا على اعتبارها وسيلة صالحة لانشاء العقد .

واما ما استدل به الفريق الثاني من ان عدول المتكلم عن اللفظ مع قدرته عليه
الى الاشارة يدل على عدم ارادته للعقد وان اراد بها ذلك فلا اشارة لانقص
للافهام الا نادراً . فصحح اذا لم يتعارف الناس على ارادة العقد بها اما اذا اقام
عرف الناس على شيء من ذلك فليس هناك ما يمنع من استخذامها كوسيلة للتعبير عن
الارادة طالما ان الناس قد اصطالحوا على ذلك وفهموا منها ارادة العقد .

ومن هنا فلا تعتبر القدرة على الكلام مانعاً من الاعتداد بالاشارة على اعتبار
ان اللفظ اولى وأوضح منها .

لان تعارف الناس على اعتبارها وسيلة للتعبير عن الارادة هـ جعلها مساوية
للفظ في الدلالة على ارادة العقد اذ ان اللفظ الدال على ارادة العقد انما اكتسبت
هذه الدلالة بتعارف الناس على ذلك كما سبق وان اشرنا اليه . ولولا تعارفهم على ذلك
لما دل اللفظ اطلاقاً على ارادة العقد ولما صليح لانشاءه . بقوة دلالة اى لفظ على
ارادة العقد لانكمن في كونه لفظاً يسمع ويفهم وانما لتعارف الناس على ارادة العقد به
والاشارت لك انما تنسب قوة دلالتها على ارادة العقد من تعارف الناس على فهم ذلك
منها .

فاذا كان مصدر قوة الدلالة على ارادة العقد في اى وسيلة للتعبير انما هو تعارف الناس
واصطلاحهم عليها في ذلك فلا اشارة الدالة على التعاقد في عرف الناس كاللفظ الدال عليه

في الكشف عن الإرادة • والله تعالى اعلم بالصواب •

المطلب الخامس : التعاقد بواسطة التعااطي :

المعاطاة في اللغة العربية : المناولة • من عطى يعطو اذا تناول مفاعلة •
المطاء والتعاطي : التناول (١) •

وللتعاطي في اصطلاح الفقهاء ثلاثان :

المعنى الاول : التعااطي : الهادئة الفعلية الدالة على التراضي دون تعلق
بإيجاب او قبول •

ومثال ذلك ان يدفع المشتري الثمن الى البائع فيعطيه السلعة التي اراد المشتري
اقتنائها فيأخذها المشتري ويذهب برضا صاحبه دون ان يتلفظ احدهما بإيجاب او قبول •
^{مكتفين} بدلالة المعاطاة على التراضي • وان يعطى البائع السلعة للمشتري فيعطيه
الثمن دون ان يتلفظ احدهما بما يدل على الرضا ^{مكتفين} بدلالة الحال عليه •

ولا خلاف بين الفقهاء على هذا المعنى للمعاطاة فيما اعلم • وان اختلفوا فليس
جواز انشاء العقد بواسطتها • (٢)

ويتضح من معنى التعااطي هنا ان كل واحد من المتعاقدين يعطى واخذ فليس
نفس الوقت فالهاتج اعطى السلعة واخذ الثمن والمشتري أعطى الثمن واخذ السلعة •

-
- (١) الركبي - النظم المستعذب في شرح غريب المذهب - ج ٢٦٤ - الزيات -
المعجم الوسيط ج ٦١٥/٢ مادة (عطاء) الفيروزباني - القاموس المحيط
ج ٣٦٦/٤/٣٦٤ مادة (المطو) •
(٢) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢٩١/٥ - الدردير - الشرح
الكبير ج ٣/٣ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي • حاشية الكفري على
الانوار للارد بيلي ج ٣٠٥/١١ - ابن البركات - المحرر في الفقه ج ٢٦٠/١
البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ١٤٨/١٤٩ •

هلى هذا فالتعاطى بهذا المعنى لا يجرى الا في عقود المعاوضات المالية
دون التبرعات لتضمنها معنى المبادلة التى تفيد الاخذ والاعطاء من الطرفين بخلاف
التبرعات كالمارية والهبة ونحوهما فالاعطاء فيها من طرف واحد هو المتبرع حيث لا يأخذ
مقابلا لما اعطاه كـهـذا أن الاخذ من طرف واحد أيضا هو المتبرع له .

ولهذا السبب فان دراستنا للتعاطى بهذا المعنى قد لا تفيدنا فى بحثنا
هذا على اعتبار ان موضوع هذا البحث فى عقد من عقود التبرعات وهو المارية . ومن
هنا فلن افرده هذا المعنى للتعاطى بدراسة تفصيلية .

— المعنى الثانى للتعاطى : الاعطاء من احد الماقددين والاخذ من الاخر دون تلفظ
بإيجاب او قبول على ان يدل كل من الاخذ والمطاء على التراضى .

والتعاطى بهذا المعنى يجرى فى التبرعات والمعاوضات على حد سواء . والذى
يهيمننا من ذلك لتعقد التبرعات والذات عقد المارية .

فقال التعاطى بهذا المعنى فى عقود التبرعات ان يدفع المتبرع المسمى
المتبرع بها او بمنفعتها الى المتبرع لغير اخذها دون ان يتلفظ احد هما بالايجاب
والقبول ويكون محروفا بينهما ان الاعطاء تبرع والاخذ قبول ويحدث مثل هذا غالباً
فى التصديق على القراء وفى بحث الهدايا واعارة الكتب من المكتبات العامة .

وفى كل ذلك لا يوجد ايجاب ولا قبول لفظى فى الغالب وليس الا الاعطاء من جانب
المتبرع والاخذ من جانب المتبرع له والاستثناء بدلالة الحال على الرضا عن التلفظ به .

ولا أعلم خلافاً بين الفقهاء فى ان الاعطاء من احد الماقددين والاخذ من الاخر

دون تلفظ بايجاب او قبول في عقود التبرعات يسمى تعاطيا او معاطاة . (١) وان اختلفوا في جواز التعاقد بذلك كما سنبينه بحد قليل ان شاء الله .

المعنى الثالث للتعاطي : أن يتم التعاقد بلفظ من احد المتعاقدين وفعل من الآخر .

والمعاطاة بهذا المعنى تجرى في عقود المستوفيات والتبرعات على خلاف بين الفقهاء في تسمية هذا التصرف معاطاة وهي خلاف ايضا في مدى جواز التعاقدية .
وشالها في عقود التبرعات ولذلك عقد المارية ان يقول الممير : اعرتك هذه السيارة فيأخذها المستمير دون ان يلفظ بالقبول او يقول المستمير اعرض هذه السيارة فيأخذها الممير اليه دون ان يلفظ بشئ . ما يكون مبرورا بينهم ان ذلك قبولا . والى اعتبار هذه الصورة من المعاطاة ، ذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة . وان اختلفوا في صحة انشاء العقد بواسطتها في الماوضات . (٢) . اما في المارية فلا خلاف بينهم في صحة انعقادها بهذه الصورة كما سيأتي بيان ذلك قريبا ان شاء الله (٣)

(١) حاشية المحطوي على الدر المختار ج ٣ / ٣٩٣ هـ ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج ٤ / ١١ شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٣ هـ الرولى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - الرجيباني - مطالب اولى النهى في شرح غاية المنتهى ج ٤ / ٣٨٤ وابعدها .

(٢) حاشية المدوى على شن الخرشى ج ٥ / ٥ وانظر شرح الخرشى على مختصر خليل ج ٦ / ١٢٣ حاشية الكشرى على الانوار للاردبيلي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٢٣ / ٤٠٣ هـ البيهقي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ١٤٩ هـ ج ٤ / ٦٢ / ٢٩٨ هـ حاشية المقرئ على الرضى المرسع ج ٢ / ٢٥٠ .

(٣) انظر ص من هذه الرسالة .

وأما الاختلاف فقد صرح ابن عابدين ٥ منهم ٥ على عدم اعتبار
هذه الصورة من المعاطاة وأن كان العقد عندهم يشترط بواسطة هذه الصورة
في المعاضات والتبرعات بصفة عامة (١) .

فالاختلاف إذن بين الاختلاف والجمهور ٥ خلاف في الاصطلاح فقط ٥ فلا ينبغي
على الأخذ بأحد هاتين إذ لا مشاحة في الاصطلاح ٥ والله أعلم .

(١) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج ٤ / ١١ / ٥٠٨ ٥ حيدر -
درر الحكم شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٢٩٦ مادة (٨٠٤) .

حكم انشاء عقد المارية بالمعاطاة : وإذا تبين معنى المعاطاة بما سبق ففان للفقهاء في صحة انشاء عقد المارية ه تحصيلاً ه ذكره على الوجه التالي :

اولا :- ذهب المالكية والحنابلة الى ان المارية وغيرها من المقود في الجملة تصح بالمعاطاة مطلقاً ه اى سواء اكملت ه بالاعطاء ه والاخذ ه دون تلفظ بايجاب او قبول ه او بلفظ من احد المتعاقدين وفعل من الآخر ه وسواء كان اللفظ من احدهما ايجاباً ه او قبولاً ه وستثنى من ذلك ه عقد النكاح ه فلا يصح بالمعاطاة مطلقاً باجماع الفقهاء كما نقل ذلك القرافي عنهم . (١)

ثانياً :- ذهب الاحناف الى ان المارية لا تصح بالمعاطاة ه بدون لفظ من احد المتعاقدين وتصح بلفظ من احدهما وفعل من الآخر ه بأن يكون الايجاب لفظاً ه واما القبول ه فلا مانع من ان يكون فعلاً .

ومعنى هذا ه ان التعاطى ه بمعنى الاعطاء من المعتبر والاخذ من المستعير بدون لفظ لا يكفي لانشاء عقد المارية عندهم .
قال الحصكفى : " المارية ... تملك المنافع مجاناً ه افاد بالتعليق ه لزوم الايجاب والقبول ولو فعلاً " قال ابن عابدين تعليقا على هذا : قوله -

(١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩١ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي - شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٥ / ٦ ه -
البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٦٢ ه ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٩ / ٧ وما بعدها من صفحات ه السنهورى - مصادر الحق ج ١ / ١١٢ الى ١٢١ .

"ولو فعلا أى كالتعاطى ، كما فى القهستانى ، وهذا مبالغة على القول
وأما الإيجاب فلا يصح به " (١) .

وذكر الطحاوى مثل هذا فى حاشيته على الدر المختار ، والى
مثله أشار ابن نجيم وابن البزاز . (٢)

والواقع أن الأحناف يقولون بإنشاء عقد المراضات ، والهبة
والطقة ونحوها ، بالتعاطى على الأصح ، بلا لفظ ، من أحد المتعاقدين
أو بلفظ من أحدهما ، سواء كان المتكلم منهما ، مطلقا بالإيجاب أو
القبول . (٣)

وعلى هذا ، فاستثناء عقد المارية من ذلك امر فيه اشكال ، خاصة
وأن المارية كالهبة ، ولا فرق إلا أن المارية هبة للمنفعة ، والهبة هبة
للمعين ، وبما يزيد الأمر صعوبة وأشكالا ، أنى لم أجد فيما اطلعت عليه ممن
كتبهم تعليلا لاستثناء عقد المارية من ذلك .

ولقد استشكل الرافعى من الأحناف هذا الأمر ، فى تقريراته
على حاشية ابن عابدين فقال تعليقا على الكلام السابق عن ابن عابدين :
"قوله ، وأما الإيجاب فلا يصح به ، محل تأمل ، فإن البيع والهبة يصحان
بالتعاطى ، فالمارية كذلك بالأولى " (٤) .

(١) الحصى - الدر المختار ج / ٤ / ٥٠٢ ، ابن عابدين - رد المحتار على الدر
المختار ج / ٤ / ٥٠٤ .

(٢) حاشية الطحاوى على الدر المختار ج / ٣ / ٣٨٥ ، ابن نجيم - البحر الرائق
شرح كنز الدقائق ج / ٢ / ٢٨٠ ، ابن البزاز - الفتاوى البزازية ج / ٦ / ٢١٠
مطبوع بهامش الفتاوى الهندية .

وربما كان قول الرافعي هذا إشارة الى وجه آخر في المذهب
الحنفي ، يقول بعدم استثناء عقد المارية ، اذ قد وجدت في مجلة
الاحكام المدنية ، ما يأتي : " الاعارة تتمتع بالايجاب والقبول ، وبالتماطي "
قال على حيدر شارح المجلة تعليقا على هذا :

" المسألة الثالثة : للمارية ثلاثة اركان ، اولهما الايجاب والقبول
اللفظيان ، ثانيهما كون الايجاب قوليا ، والاخر فعليا او المكس ، ثالثهما :
كون الايجاب والقبول فعليين " (١)

والمجلة كما هو معروف ، تأليف طائفة من فقهاء الاحناف ، وقد
حاولوا وضعها على وفق المذهب الحنفي ، وشارح المجلة ، على حيدر احد
علماء الاحناف ايضا ، ومن هنا فلا يبعد ان يكون قولهم هذا ، اختيارا
لوجه اخر في المذهب .

ثالثا :-
واما الشافعية فالاصل عندهم على المشهور عدم صحة انشاء
المقد بواسطة المعاطاة في الجملة ، وذلك نظرا الى ان رضا المتعاقدين
بالمقد امر لا يتم المقد بدونه كما دلت على ذلك نصوص الشريعة الاسلامية
من الكتاب والسنة .

== (٣) داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج ٥ / ٢ / ٥ ، ابن نجيم
البحر الرائق شرح كز الدقائق ج ٢٩١ / ٥ ، واي بعدها ، ابن عابدين - رد المحتار
على الدر المختار ج ٥٠٨ / ٤ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٣٥٦ / ٢
مادة (٨٣٩) .

(٤) تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين ج ٢ / ٢٤٧ .

(١) على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٢٩٥ / ٢٩٦ ، مادة رقم (٨٠٤) .

والرضا امر خفي مستتر داخل النفس البشرية ، والامور المستترة داخل النفس لا تنضبط الا بالالفاظ التي وضعت للدلالة عليها ، او ما فسى معنى هذه الالفاظ ما هو عبارة عنها ، ومنه على هذا ، فلا يمتد المقد - بالمطاطة في الجملة ، اذ الافعال من المطاطة ونحوها تحتل وجوها كثيرة ، فلا تكفى في الدلالة على الرضا بشكل بين واضح ، ثم ان المقود من جنس الاقوال فهي في المقود كالذكر والدعاء في المبادات . (١)

الا ان الشافعية استثنوا من هذا الاصل العام ، بمحض المقود ، وما استثنوا عقد المارية ، غير انهم اختلفوا في نوع المطاطة التي يصح بها انشاء عقد المارية ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول :- ان المارية تتمتع بلفظ من احد المتعاقدين ، وفعل من الاخر ، وان تراخى احدهما عن الاخر ، سواء كان المتلفظ منهما المميز او المستمير ، فاذا قال المستمير ، اعزنى هذه السيارة ، فاعطاه المميز اياها ، او قال المميز اعزتك هذه السيارة ، فاخذها المستمير دون ان يتلفظ بالقول ، صح عقد المارية حينئذ ، ولا يشترط

(١) السيوطي - الاشباه والنظائر / ٢٧٨ / ٢٧٩ ، الانصاري - اشبه المطالب شرح روض الطالب ج / ٣ / ٢ ، الرولى - نهاية المحتاج الى شرح المحتاج ج / ٣ / ٣٦٤ .

اللفظ من جانب المميز بخلاف الوديعة . (١)

ومنا على هذا القول فلا تصح المارسة ، بالتماطى بمعنى الاعطاء
والاخذ ، دون لفظ من احد الماقيدين الا فيما كان عارية منها ، كظرف
الهدية وظرف المبيع ، ونحو ذلك .

وذلك لان المارسة ، اباحة للتصرف في منفعة المين المارة عندهم
لا تملك ، خلافا للاحتاف والمالكية ، فصيح عقدها حينئذ بالقول من احد
المتعاقدين ، والفعل من الاخر قياسا على اباحة الطعام حيث يكفى
فيها بذلك ، ومن هنا جاء استثناء عقد المارسة من الاصل عندهم في
المماطاة . (٢)

القول الثاني :- ان الفعل من جهة المميز لا يكفى بل لا بد من اللفظ ، اما
المستمير فيكفى منه الفعل ، فلا يمتنع اللفظ في حقه .

والى هذا ذهب الغزالي من الشافعية ، تشبيها للمارسة ، بالضيافة . (٣)

(١) النووى - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٢٩ ، السيد البكرى - اعانة الطالبين على
حل الفاظ فتح الممين ج ٣ / ١٣٠ ، الخضاوى - المقاطد في الفقه الاسلامي /
١٠٢ وقال الانصارى في الفرق بين المارسة والوديعة من حيث اشتراط اللفظ من
المالك في الوديعة وهدم اشتراطه منه في المارسة : " والفرق ان اصل وضع
اليدين على مال الغير الضمان فلا يزول الا بلفظ من جانبه والوديعة امانة فاحتيج
الى لفظ من جانب المالك ، بخلاف المارسة فانها مضمونة على وفق الاصل فاكفى
فيها بلفظ المستمير " .

انظر في هذا - الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٧ .

بالإيجاب أو قبول ، أو بلفظ من أحد المتعاقدين وفعل من الآخر ، وسواء
كان اللفظ من أحدهما إيجاباً أو قبولاً .

وذلك نظراً إلى أن الرضا أمر مستتر داخل النفس فلا يعلم وجوده
إلا بما يكشف عنه ، مما اصطلاح عليه الناس من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة
أو نحو ذلك .

والمعاطاة فعل لا يمكن القول بأنه لا يدل على توافر الرضا بوجوده
طالما أن الناس قد فهموا منه دلالة على ذلك ، إذ قد تعارف الناس على اعتبار
المعاطاة مظهرًا من مظاهر الرضا بين المتعاقدين ، منذ القدم ، إلى يومنا
هذا ، والمعقود إنما شرعت لمصالح البشر ، وما كان كذلك فمرد الأمر
فيه إلى عرفهم وأصطلاحهم ، ما لم ^{ينته} ينتهي الشارع عن ذلك ، أو يتعارض مع
مبادئه العامة ، والتعاطى من هذا النوع ، حيث لم تأت الشريعة بالنهي
عنه ، أو بما يعارضه من مبادئ ، وإنما أبقت على ما كان قبل الإسلام ، فلا
يجوز تغييره بالرأى والتحكم ، إذ أن التماقذ كان موجوداً بين العرب في
جاهليتهم وعندهما جاء الإسلام ، نسخ ما لا يتفق مع روحه وأهدافه
وأبقى ما عدا ذلك على ما كان ، فلا يجوز تغييره إلا بنص من الشارع . على
أنه لم ينقل ، لا عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من الصحابة ،
وجوب التلفظ بالإيجاب والقبول ، إذ لو كانت صحة العقد موقوفة على الإيجاب
والقبول لفظاً دون المعاطاة لأوضح الرسول عليه أفضل الصلاة والتسليم ذلك وبينه
بياناً صريحاً ، تحاشياً لوقوع النامى في المحذور ، ودفعاً للفساد والبطالان عن
عقودهم ، وساماتهم ، لما يترتب على ذلك من أكل الأموال بالباطل ، إلا أن
الرسول عليه أفضل الصلاة والتعليم لم يأمر بذلك ، فدل على عدم اشتراطه

ولو أمر به لنقل نقلا متواترا ولم يتصور أهمله اطلاقا خاصة وان المقصود
 أهمية كبرى في حياة الافراد والمجتمعات فهي مما تتم به البلوى ه فافتراض
 عدم النقل امر مستبعد لا يمكن القول به فيما هو اقل خطورة من هذا ه فكيف
 بما يترتب عليه فساد معاملات الناس ه (١)

ولا فرق في هذا بين المعاوضات والتبرعات ه بل التبرعات أولى
 " الا ترى انا اكتفينا بالمعاطاة في البيع ه واكتفينا بدلالة الحال في دخول
 الحمام ه وهو اجارة وبيع ه فاذا اكتفينا في المعاوضات بدلالة الحال ه منع
 تأكدها فانها تنقل الملك من الجانبين ه فلان تكفى به في التبرعات كالمعاطاة
 والهبية ونحوهما ه أولى " ه (٢)

واما استثناء الاحناف لمقد المارية ه فيحل تأمل كما قال الرافعي
 منهم ه لان البيع والهبية تصحان عندهم بالتماطى على الراجح ه كما
 هو رأى المالكية والحنابلة ه فالمارية أولى ان تكون كذلك ه
 واما قول الشافعية ه بان الرضا امر لا يتحقق الا باللفاظ ^{ما} ورفعي
 معناها ه مما هو عبارة عنها ه وعدم انضباطه بالافعال ه لاحتمالها ه وعدم ظهورها
 فأمر يوده ما سبق من ان تعارف الناس واصطلاحهم على التعاقد بالمعاطاة

(١) ابن قدامة - المثنى ج / ٣ / ٤٨١ / ٤٨٢ بشي من التصرف ه البهوتي -
 كشاف القناع ج / ٣ / ١٤٨ / ١٤٩ / الرجحاني - مطالب أولى النهى ج / ٣ / ٨ / ٩
 الحطاب - مواهب الجليل ج / ٤ / ٢٢٨ ه الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٣ / ٢٠٦
 مطبوع بهامش بلفظ السالك للصاوى ه

(٢) الرجحاني - مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ج / ٤ / ٣٨٥ ه
 بشي من التصرف ه وانظر المراجع السابقة ه

واعتبارها دليلا وظهرا من مظاهر الإرادة وعدم وجود ما يعارض ذلك من مبادئ الشريعة الإسلامية وعدم النقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن أحد من أصحابه باشتراط اللفظ في الإيجاب والقبول ، كل ذلك وغيره يدل على تحقق الرضا بالأفعال واستبعاد احتمال دلالتها على غيره .

وأما استدلالهم على صحة عقد المارية بالمعاطاة على المعنى الثالث لها فقط : بأن المارية اباحة المنفعة لا تملكها ، فصحت بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، فامر قد لا يسلم به إذ أن الراجح من أقوال الفقهاء أن المارية ، تملك لا اباحة وقد بينا أدلة رجحان ذلك في - محله . (١)

وإذا سلمنا أن المارية اباحة فالاباحة عندهم تصح بالفعل من الطرفين بدون لفظ كما في اباحة الطعام (٢) فتفيد عقد المارية إذن بالمعنى الثالث للمعاطاة ، مع أنها اباحة عندهم أمر لا يخلو من نظر .

ثم هم أيضا يكتفون في الهدية والصدقة بالمعاطاة من الطرفين على الأصح عندهم ، ومحللون لجواز ذلك ، بتمارف الناس واصطلاحهم على إنشاء مثل هذه التصرفات بالأفعال بلا لفظ من المعطى ، والآخذ ، فما المانع

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

(٢) النووي - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٣٠ ، الانصاري - أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٤٧٩ شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين - ج ٣ / ١١١ مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي وعميرة .

من جواز انشاء عقد المارية بذلك مع تعارف الناس واصطلاحهم على
انشائه بالمطاطة ، واعتبارها مظهرًا من مظاهر التعبير عن الرضا بالمقد
والله اعلم .

الطلب السادس : التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة :

لقد اوجد العلم الحديث ، وسائل جديدة للاتصال كالبرق -
والهاتف ونحوهما . ولما كان الدين الاسلامي ، نظاما عاما للحياة
في كل زمان ومكان ، لم يشغل هذا الدين المشريف حكم التعاقد بواسطة
هذه الوسائل .

فالبرقية مثلا : كتاب يحضره مرسله ويوقع عليه ، ليعلم لائمه
المستول عما كتب فيه ، ومن ثم يسلمه لموظف البرق ، فيقوم هذا بالتاكيد
من شخصية المرسل ، ليعلم بالتالي صحة ، نسبة ما كتب فيه
اليه ، خاصة اذا كان مضمون الكتاب مما يتطلب ذلك ، كاخبار بوفاة
او طلب حضور او ايجاب عقد ونحو ذلك .

ثم يقوم الموظف بعد ذلك ، بنقل ما كتب على الة " اللائكي "
الى الجهة التي يوجد فيها المرسل اليه ، حيث تسلم له من قبل مصلحة
البرق ، في تلك الجهة .

والهاتف : جهاز ينقل الاصوات من جهة الى اخرى .
فاذا تم التعاقد بواسطة : احد هاتين الوسيلتين فالمقد صحيح
قياسا على الكتابة والرسالة .

اذ ان ما كتب في البرقية مؤشوق النسبة للمرسل لما اوضحته

من الاحتياطات التي توجب التأكد من نسبتها اليه ، فهي : والتعاقد بواسطة الكتابة في منزلة واحدة ان لم تكن آكد وأوثق .

وكما يعتبر مجلس وصول الكتاب ، مجلسا للمقعد ، فليس هناك ما يمنع من اعتبار مجلس وصول البرقية مجلسا للمقعد ايضا .

وكذلك الامر بالنسبة للهاتف ، حيث يسمع كل واحد من المتعاقدين كلام صاحبه وفهم عنه ما يريد ، بواسطة هذا الجهاز فمهما بعدت المسافة بين المتعاقدين ، فقد وجد بسماع احدهما للكلام الاخر وشهده له ، اتحاد مجلس المقعد ، فيقوم ذلك مقام حضورهما في المجلس ، وما ذاك الا لان الفاية من الحضور في المجلس واتحاده لما هي لمعرفة رغبة كلا المتعاقدين في التعاقد ، وفهم كلام احدهما للاخر ، وقد تحقق ذلك بواسطة هذا الجهاز ، فليس هناك ما يمنع من صحة التعاقد بواسطته ، فهو اولى من الرسالة بلا شك .

اما احتمال ، ان احد المتعاقدين ، ربما قلد صوت شخص آخر ، ونسب اليه الايجاب ، فلا يمنع هذا الاحتمال من صحة المقعد بواسطة الهاتف ، ان هذا الاحتمال وارد ايضا بالتعاقد بالكتابة ولم يمنع ذلك من صحة المقعد بها عند الفقهاء ، كما سبق بيان ذلك .

وبلى هذا ، فلربما بحث احد المتعاقدين للاخر ببرقية ، او كلمه بالهاتف ، فقال له : اعرتك داري ، فاجابه : صبح له حينئذ ان يتصرف في منفعة المين المعارة في حدود ما اذن له في ذلك ، والله اعلم .

وهذا اصل الى ختام الكلام على وسائل التعبير عن ارادة عقد المعارة ، وه اكون قد انتهيت من البحث الثالث من هذا الفصل ، وقد كان في صيغة عقد المعارة فارجوا ان اكون قد وفقت في دراسة ، اهم مسائلها ، والله المستعان .

الفصل الثاني

في المغير ، والمستجير ، والعين المارة

المبحث الاول : في الشروط المعتبرة في المغير •

المبحث الثاني : في الشروط المعتبرة في المستجير •

المبحث الثالث : في الشروط المعتبرة في العين المارة •

المبحث الرابع : في واجب المستجير تجاه العين المارة •

المبحث الخامس : في ما يعتبر في حكم العين المارة عند القتل •

د

المبحث الاول : في الشروط المعتبرة في المير :

للمير عند الفقهاء شروط متعددة ، ويجب توافرها فيه ، لمعتبر
المعد صحيحا نافذا ، ومن تلك الشروط ما يأتي :

اولا : العقل :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان العقل شرط يجب ان يتصف
به المير ، لمعتبر مو هلا للتبرع بمنفعة ماله ، فلا يكون المير اهلا للتبرع
بمنفعة اى عين من اعيان ماله ، الا اذا كان عاقلا . (١)

وذلك نظرا الى ان التصرف في المال ، تصرف لا يخلو ، اما ان يكون
فيه نفع او ضرر على المتصرف في ماله ، ولما كان العقل هو الوسيلة التي
يستطيع بها الانسان معرفة الخير من الشر والنفع من الضرر ، كان فسي
اشتراط ذلك لمن يريد التصرف في ماله ، نوع من المراعاة لمصلحته والحرص

- (١) علاء الدين البخارى - كشف الاسوار عن اصول البيزوى ج ٤ / ٢٦٩ ،
الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٨٩٨ ، نظام - الفتاوى
الهندية ج ٤ / ٣٦٣ ، المواق - التاج والاكلیل شرح مختصر خليل ج ٥ / ٥٧ ،
مطبوع بهامش مواهب الجليل ، الدردير - الفرج الصغير ج ٢ / ٢٠٥ مطبوع
بهامش بلفية السالك ، حاشية على المدوى على شرح الخرخشي ج ٦ / ١٢١ ،
النووى - روضة الطالبين ج ٤ / ٣٥٠ ، الرملی - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج
ج ٥ / ٦٦ ، السيد البكری - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المبین ج ٨ / ١٢٨ ،
البهوتی - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ٤٤٢٢ ج ٤ / ٦٢ ، ابن قدامه
المثنى ج ٤ / ٣٤٥ ج ٥ / ١٦٦ ، ابن حزم - المحلى ج ٨ / ٢٧٨ / ٢٧٩ مسألة
رقم ١٣٩٤ .

هل يحيا
المراجع

على عدم ضياع حقوقه المالية ، لما قد يحدث له من الضرر في ماله متى ما تصرف وهو فاقد لهذه الصفة ، التي بدونها ، لا يستطيع الانسان تمييز المنفعة من المضره .

ومن هنا منعت الشريعة الاسلامية كل من لا يتصف بالعقل ، والادراك المعتبر ، من جميع التصرفات المالية .

فقال تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء اموالكم ، التي جعل الله لكم قياماً " (١)
قال سميد بن جبير ، وعكوسة : المراد بالمال في الآية مال اليتيم اى الصغير الذى لم يبلغ رشده بعد ، وانما اضاف المال الى الاولياء وهو لغيرهم ، لانهم قوامها ، ومذبروها . وقد افادت الآية بهذا المعنى منفع الصبي من التصرف في ماله ، وذلك والله اعلم لعدم كمال ادراكه وتمييزه .
ويؤيد هذا التحليل قوله تعالى : " وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً ، فادفعوا اليهم اموالهم " (٢)
حيث امرت الآية الكريمة بمنع صغار السن من مزاولة ، اى تصرف مالى حتى يبلغوا الكبار ، عقلاً وحسن تصرف ، مراعاة لحقوقهم وحرصاً على اموالهم من الضياع متى ما تصرفوا فيها وهم قاصرون الادراك ، اذ ليس هناك ما يضمن حسن تصرفهم ، وهم لا يملكون ما به يكون حسن التصرف وهو كمال العقل ، والادراك .

(١) سورة النساء آية رقم (٥) .

(٢) سورة النساء آية رقم (٦) .

هو يد هذا المبنى قوله عليه الصلاة والسلام : " رفع القلم
عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى
يكبر " (١) .

وواضح ان القلم انما رفع عن هؤلاء الثلاثة ، لعدم اتصافهم
بالمقل والادراك المعتبر شرعا ، واذا كان القلم مرفوعا عن اقوالهم ، بموجب
هذا الحديث ، فلا حكم حينئذ لما يتلفظون به ، من اقوال ولا اثـمـر
لموجبها . (٢)

(١) هذا الحديث ، لاخرجه ابوداود ، والنسائي وابن ماجه ، ومن
حماد بن سلمة عن حماد ابن ابي سليمان عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة
رضي الله عنها بلفظ : " وعن البتلئ حتى يبرأ " واخرجه الحاكم ايضا
في المستدرک ، وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه ، ولم
يعلمه صاحب كتاب الامام ، وانما قال : هو اقوى اسنادا من حديث علي ،
وقال صاحب التنقيح : حماد بن ابي سليمان وثقه النسائي والمجلي وابن
مبين وغيرهم ، وتكلم فيه ابن سعد والاعمش ، وروى له مسلم مقرضا
بنيره ٢٠ هـ .

وللحديث طرق اخرى من حديث علي وابي هريرة . انظر - الزيلعي - نصب
الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١٦١ / ١٦٢ / ١٦٣ ، السيوطي - الاشباه
والنظائر / ٢١٢ .

(٢) علاء الدين البخاري - كشف الاسرار عن اصول البيهقي ج ٤ / ٢٦٩ هـ
المواق - التاج والاكليد شرح مختصر خليل ج ٥ / ٥٧ مطبوع بهامش مواهب
الجليل - الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ٢٠٥ النووي - روضة الطالبين
ج ٤ / ٣٥٠ ، البكري - اعانة الطالبين ج ٣ / ١٢٨ هـ البيهقي - كشاف القناع
عن متن الاقناع ج ٣ / ٤٤٢ ج ٤ / ٦٢ هـ ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٤٣ / ٣٤٥
ج ٥ / ١٦٦ .

وهذا يتضح ان العقل شرط لاهلية التصرف ، وبالتالي فهو شرط لصحة عقد العارية وغيره من التصرفات المالية .

واذا ثبت هذا ، فهل يعنى ذلك ، ان زوال العقل مطلقا ، يوجب بطلان العقد ، اذا ابرم حال زواله ؟

الواقع ، ان زوال العقل ، اما ان يكون بمرض سموى كالجنون والمته (١) وعدم التمييز عند الصبي ، والنوم والاعماء والخرف (٢) ونحو ذلك .

واما ان يكون بمرض مكتسب ، كالسكر بالخمير ، والبنج (٣) والدواء وما شاكل ذلك . والمرض المكتسب المنيل للعقل اما ان يكون مقتصية او غير مقتصية .

فمن المقتصية ، السكر بالخمير ، وما الى ذلك من المواد المسكرة المحرمة شرعا .

وما لا مقتصية فيه زوال العقل ، بالدواء ، والبنج لاجراء عملية جراحية ونحوها .

(١) المته : نقص في العقل من غير جنون ، انظر - الفيروزبادى -
القاموس المحيط ج ٢٨٧ / ٤ / ٢٨٨ مادة " عته " الثيات - المعجم
الوسيط ج ٥٨٩ / ٢ / مادة (عته) .

(٢) الخرف : فساد العقل من الكبر ، انظر - الثيات - المعجم الوسيط
ج ٢٢٧ / ١ / مادة (خرف) الفيروزبادى - القاموس المحيط ج ١٣٢ / ٣ /
مادة (خرف) .

(٣) قال في الوسيط : بنجه : خدرة ، مأخوذ من البنج وهو ثبت مخدرة
انظر - الثيات المعجم الوسيط ج ٧٠ / ١ / .

ولا أعلم خلافا بين الفقهاء في أن زوال العقل بمرض سماًوى
أو مكتسب لا محصية في اكتسابه ، ويجب بطلان المقد متى ما أبرم
حال زواله بذلك ، نظراً لتخلف شرط أهلية التصرف ، بزوال العقل بما
يعذر فيه (١) .

أما زوال العقل بما هو محصية ، كالخمر ونحوه ، فللفقهاء في
ذلك قولان :

القول الأول : أن زوال العقل بما هو محصية يجب بطلان المقد متى انشأ
حال زواله بذلك ، وإنما على هذا ، فلا فرق في بطلان المقد بين أن يكون
المرض المكتسب محصية كالسكر بالخمر ونحوه ، أو غير محصية كزوال العقل
بالبنج والدواء ونحوهما .

والى هذا القول ذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه من الصحابة
وإليه ذهب المالكية ، قال ابن شعبان منهم : وهو المشهور من
المذهب ، ونقل الباجى منهم : الاتفاق على ذلك عندهم ، وهو أحد القولين عند
الحنابلة وإليه ذهب ابن تيمية منهم ، وهو قال الطحاوى ، والكرخي

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٤ / ١٧٩٠ / ١٧٩١ ،
الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ٤ / ٢٠٥ ، البيهقي - كطف القناع عن متن
الافتاح ج ٣ / ١٥١ ج ٤ / ٦٣ ابن تيمية - الفتاوى ج ٣٣ / ١٠٤ / ١٠٤ ،
ابن قدامة - المنقذ ج ٤ / ٣٤٣ / ٣٤٥ ج ٥ / ١٦٦ علاء الدين البخارى
كشف الاسرار ج ٤ / ٢٦٣ / ٢٦٤ ، ٣٥١ ، الرملی - نهاية المحتاج السی
شرح المنهاج ج ٥ / ٦٦ ، البكری - اعانة الطالبین لحل الفاظ فتح
المبین ج ٣ / ١٢٨ .

من الانصاف (١) .

القول الثاني : ان ابرام المقد حال زوال العقل بما هو معصية كالسكر بالخمر ونحوه لا يوجب بطلان المقد ، وانما هو صحيح نافذ ، كمقد من لم يفقد شيئا من عقله وادراكه .

مناف على هذا ، فاصحاب هذا القول يفرقون بين زوال العقل بما هو معصية ، وبين زواله بما لا معصية فيه ، فالمقد في الحال الاولى عندهم صحيح نافذ ، وفي الثانية باطل لا اثر له ، والى هذا ذهب الانصاف والشافعية ، وهو احد القولين عند الحنابلة (٢) .

وما يستدلون به على ذلك ان من زال عقله بما هو معصية كشرب الخمر ونحوه مخاطب شرعا حال زوال عقله بذلك ، لان الانسان انما يكون مخاطبا شرعا ، بان اعتدال حاله ، وقد جعل البلوغ عن عقل علامة ظاهرة لاعتدال الحال تيسيرا للوقوف على حقيقته ، وزوال العقل بسبب السكر المحرم شرعا ، لا يفوت هذا المعنى ، فيكون مخاطبا باوامر الشرع ونواهيه حينئذ ، حال زوال عقله بما هو معصية .

اما عدم قدرته على فهم الخطاب ، حال فقد عقله ، فلا يعتبر عذرا يمنع من توجه الخطاب اليه طالما ان سبب زوال العقل معصية ارتكبتها

(١) المراجع السابقة ، وانظر ، المحلى - شرح منهاج الطالبين ج ٣ / ٣٣٣ .

(٢) انظر المراجع السابقة - وانظر ، حاشية الجمل على شرح المنهاج

عن اختيار ورضا ، فيعتبر الخطاب متوجها عليه مع زوال عقله بذلك عقوبة
 وزجرا له عما ارتكبه من معصية ، سببت له زوال عقله ، فهو بازالة
 عقله ، بما هو معصية ، مضيا لما وهبه الله من قدرة على فهم الخطاب
 وكان يوسسه ان لا يضيعها ، فناسب ان يتحمل مغبة ذلك ، فلا يزول عنه
 التكليف من جهة الثم وان زال عنه من جهة الاداء ، ومن هنا كان مكلفا
 بالمبادات حال زوال عقله وان كان لا يستطيع الاداء ولا يصح منه .

وهذا نستطيع ان نقول ان من زال عقله بما هو معصية مخاطب
 شرعا ، واذ كان مخاطبا شرعا ، فذلك يعني ان زوال العقل بذلك ، لا يبطل
 شيئا من الاهلية ، لما تقرر من انها انما تكون بالعقل والبلوغ والمأوؤ
 المكتسبة المحرمة كالسكر ونحوه لا تؤثر في العقل بالاعدام ، وعلى هذا
 فتلزمه احكام الشرع جميعها ، وتصح سائر تصرفاته . (١)

ولقد اجاب شيخ الاسلام ابن تيمية عن هذا الدليل فقال : " المأخذ
 الثالث ، مأخذ الائمة منصوص عنهم : الشافعي واحد : ان حكم التكليف
 جار عليه " اى على السكران " ليس كالمجنون المرفوع عنه القلم ، ولا النائم ،
 وذلك ان القلم مرفوع عن المجنون ، والسكران ، معاقب كما ذكره الصحابة .

وليس مأخذ اجد من هذا ، وكذلك قال احمد : ما قيل فيه احسن
 من هذا ، وهذا ضعيف ايضا ، فانه ان اريد ، انه وقت السكر يوم منتهى فهذا
 باطل ، فان من لا عقل له ، ولا يفهم الخطاب ، لم يدر بشرع ولا غيره وعلى

(١) علاء الدين البخارى - كشف الاسرار عن اصول البيهقي ج ٤ / ٣٥٤

البيان
 الى
 لا بد
 من
 العلم
 بالاطلاق
 من غير
 اهل
 العلم
 اهل
 العلم
 اهل
 العلم

انه يؤمر منهى ، بل ادلة الشرع والعقل تنفى ان يخاطب مثل هذا ، وان ارشد انه قد يؤخذ بما يفعله في سكره فهذا صحيح في الجملة ، لكن هذا لانه خطب في صحوه ، بان لا يشرب الخمر ، الذي يقتضى تلك الجنايات ، فاذا فعل المنهى عنه ، لم يكن معذورا فيما يفعله من المحرم كما قلت في سكر الاحوال الباطنة : ان كان سبب السكر معذورا ، لم يكن السكران معذورا . هذا الذى قلته قد يقتضى ، انه في الحدود كالصاحي ، وهذا قريب ، وانا انما تكلمت على تصرفاته ، صحتها وفسادها ، واما قوله تعالى : " ~~ولا تقربوا الصلاة وانتم سكارى~~ " (١) فهو منهى لهم ان يسكروا سكرًا ، يفوتون به الصلاة ، ومنهى لهم عن الشرب قرب الصلاة ، ومنهى لمن يدب فيه اوائل النشوة ، واما في حال السكر فلا يخاطب بحال " (٢) .

ومن هنا فالذى يظهر لي ، ان الراجح من القولين السابقين : القول الاول ، اى ان عقود من زال عقله باى سبب من الاسباب عقود باطلية سواء كان المزيل للعقل عارضا سماعيا او مكتسبا ، مخصصة او غير مخصصة .

ولعل من اقوى الادلة الدالة على بطلان عقود من زال عقله بسبب السكر ، اى بعارض مكتسب هو مخصصة ، ما ياتي :

(١) سورة النساء اية رقم (٤٣) .

(٢) ابن تيمية - الفتاوى ج ٣٣ / ١٠٥ / ١٠٦ .

٦ - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، انه لما اعترف ما عزب الزنا ، امر بان يستنكه وخشية ان يكون اعترف بما اعترف به وهو سكران . (١)

وفي هذا الحديث دلالة على عدم اعتبار اقوال السكران ، اذ لو كان لها اثر يترتب عليها ، لما امر عليه الصلاة والسلام باستنكاهه ليدرا عنه الحد ، اذا ثبت انه قال ما قاله وهو سكران . (٢)

ب - قال الله تعالى : " لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " (٣) . فدللت الآية الكريمة على عدم صحة عبادة السكران للنهي الصريح عن قرب الصلاة مع السكر ، وعلى هذا اجمع علماء المسلمين ، كما نقل ذلك ابن تيمية عنهم .

وهذا بخلاف من شرب الخمر دون ان يسكر منها ، فان عبادته تصح بشرطها . وانما لم تصح عبادة السكران ، لانه لا يعلم ما يقول .

(١) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم في صحيحه من حديث بريدة عن ابيه في كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا - ورواه ايضا من طريق اخرى في نفس الباب المذكور ، وللحديث قصة يمكن ان يرجع اليها -

انظر صحيح الامام مسلم ج ٥ / ١١٨ / ١١٩ .

وقوله : " يستنكه " اي امر بان تشم رائحة فمه ، ليعرف اشرب خمرا ام لا ، قال في المحيط : " استنكهه شم ريح فمه " .

انظر الفهرست ج ٤ / ٢٩٢ مادة (نكه) .

(٢) انظر - ابن تيمية - الفتاوى ج ٣ / ١٠٦ .

(٣) سورة النساء اية رقم (٤٣) .

فإذا علم ما يقول صحته عبادته كما دل على ذلك القرآن الكريم في الآية السابقة .

ومن هنا يجوز أن نقول : أن كل من بطلت عبادته لزوال عقله فمفقده أولى بالبطالان كما بطلت عقود النائم والمجنون ونحوهما .
أز قد تصح عبادة من لا يضح توفقه لنقص في عقله كالصبي والمحجور عليه لسفه ونحوهما . (١)

ج - أن ترتب أثر جميع الأقوال كالعقود والأقارير ونحوها مشروط بتوفر التمييز والعقل ، فما لم يوجد ذلك لدى المتصرف فلا أثر لما يصدر عنه من أقوال .
فإذا كان عقل السكران قد زال بما تعاطاه من خمر ونحوها ، فكيف يسوغ أن ينسب إليه حيث أخذ أمر أو نهى أو أوجب ملك أو أزالته ، وهذا معلوم بالعقل مع تقرير الشرع . (٢)

د - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " إنما الأعمال بالنيات " (٣)
فدل الحديث الشريف على أن جميع الأعمال مشروطة بالقصد ، وقد دخل تحت ذلك سائر التصرفات من عقود وغيرها .

(١) ابن تيمية - الفتاوى ج ٣٣ / ١٠٦ / ١٠٧ .

(٢) المرجع السابق ج ٣٣ / ١٠٧ / ١٠٨ .

(٣) هذا الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذلك في كتاب الإيمان ، باب ما جاء أن الأعمال بالنية والحسبة ولكل أمرى ما نوى .

انظر صحيح الإمام البخاري ج ١ / ١٦ / ١٧ .

هذا المقصد
خاصة

١٥

والمقصد قصدان : قصد عقلي ، وقصد حيواني .

ولا يمكن ان يكون المراد بالمقصد هنا ، المقصد الحيواني الذي يكون لكل حيوان ، بدليل ان المجانين يملكون هذا المقصد ، كما تملكه سائر البهائم .

وهذا فلا يكتفى توفر هذا المقصد ، ليعتبر المقصد صحيحا ^{هنا} منتجا لآثره ، اذ لو كان ذلك كافيا لوجب تصحيح عقود المجانين وشحوصهم .

ومن هنا يتضح ان المراد بالمقصد المشروط لساثر التصرفات هو المقصد العقلي الذي يختص بالعقل ، ولا يمكن القول بان من زال عقله بسبب المكر المحرم ، يملك هذا المقصد واذا كان ممن لا يملكه فكيف يعتبر عقده صحيحا مع قوله عليه الصلاة والسلام : اتسبا الاعمال بالنيات " (١) .

هـ -

" ان هذا من باب خطاب الوضع والاخبار ، لا من باب التكليف وذلك ان كون السكران معاقبا او غير معاقب ، ليس له تعلق بمسألة عقوده وفسادها ، فان العقود ليست من باب المبادات التي يثاب عليها ، ولا الجنائيات ، التي يعاقب عليها بل هي من التصرفات التي يشترك فيها البر والفاجر ، والمؤمن والكافر ، وهي من لوازم وجود المخلوق ، فان اليهود والوفاء بها ، امر لا تتم مصلحة الآدميين الا بها لاحتياج بعض الناس الى بعض في جلب المنافع ودفع

المضار ، وانما تصدر عن العقل فمن لم يكن له عقل ولا تمييز لم يكن قد عاهد ، ولا حلف ولا باع ، ولا نكح ولا طلق .

يوضح ذلك انه معلوم ^{الله} ان قبل تحريم الخمر ، كان كلام السكران باطلا بالاتفاق ، ولهذا لما تكلم حمزة بن عبد المطلب رضى الله عنه في سكره قبل التحريم بقوله : هل انتم الاعبيد لابي ، لم يكن موافقا عليه ، وكذلك لما خلط المخلط من المهاجرين الاولين في سورة " قل يا ايها الكافرون " قبل النهي لم يعتب عليه ، وكذلك الكفار لو شربوا الخمر ، وعاهدوا ، وشروطوا لم يلتفت الى ذلك منهم بالاتفاق ، ومن سكر سكرًا لا يعاقب عليه ، مثل ان يشرب ما لا يعلم انه يسكره ونحو ذلك .

فأما من سكر بشرب محرم فلا ريب انه يائمه بذلك ، ويستحق من عقوبة الدنيا ، والاخرة ما جاء به امر الله تعالى ، فهذا الفرق ثابت بينه وبين من سكر سكرًا يحذر فيه ، فأما كون عهده الذي يعاهد به الآمين منقدا يترتب عليه اثره ، وحصل به مقصوده فهذا لا فرق فيه بين سكر المعذور وغير المعذور ، لان هذا انما كان الموجب لصحته ان صاحبه فعله وهو عاقل مميز ، لانه برؤا جبر ، والشرع لم يجعل السكران بمنزلة الصاحي اضلا " (١) .

وهذا نصل الى ان اقوال وتصرفات من زال عقله بمعارض مكتسب مصية او غير مصية باطلة لا اثر لها ، والله تعالى اعلم .

ثانيا - البلوغ : دل

يقصد الفقهاء بمرحلة البلوغ : انتهاء مرحلة الصغر لدى الانسان
وابتداء مرحلة التكليف ، باوامر الشرع ونواهيه . (١)

صمرف بلوغ الانسان لهذه المرحلة بامور منها ما يشترك فيها
الذكر والانثى ، ومنها ما تختص به الانثى دون الذكر ولعل من المفيد ان ابين
هذه الامور عند الفقهاء قبل ان ابين حكم اشتراط البلوغ لصحة العقد ولو
بشيء من الاجاز ، فالامور المشتركة بين الذكر والانثى ثلاثة :

الامر الاول : الانزال : وهو خروج المنى من القبل باحتلام او وطي . ه او
غيرهما .

والمراد بالمنى : الماء الدافق الذى يخلق منه الولد ، وليس
هذا فيشمل ماء الذكر والانثى لان الولد يخلق منهما (٢) . فتى خرج
هذا السائل من قبل الذكر ، او من ترائب الانثى بجماع او احتلام او نحوهما
كان ذلك دليلا على ابتداء ظهور البلوغ لدى الانسان ، ذكرا كان او انثى .

(١) ابن الهمام - شرح فتح القدير ج / ٢٦٩ / ه عيسى - شرح منح
الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ١٦٥ / ه السيوطي - الاشباه والنظائر
٢٢٤ / ٢٢٣ ه الامدى - الاحكام في اصول الاحكام ج / ١٥٠ / ه البهوتى
كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤٤٣ / ه

(٢) المويناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٢٧٠ / ه مطبوع مسع
شرح فتح القدير ، والمنية وحاشية سعدى ، ابن عابدين - رد المختار
على الدر المختار ٩٧ / ٥ / ه نوامد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ==

وقد نقل ابن قدامة ابن المنذر من الحنابلة ه اجماع الملمس ه
على ذلك (١) ه لقوله تعالى : " واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا " (٢) .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاث ه عن النائم
حتى يستيقظ ه وعن المجنون حتى يفيق ه وعن الصبي حتى يحتلم " (٣) .

فدل القرآن الكريم والسنة المطهرة على ان الانزال علامة على بلوغ
مرحلة التكليف بأوامر الشرع ونواهيه ه حيث جملا الاحتمال ه سببا
لتوجه الخطاب الشرعي الى الصبيان بالامر والنهي ه والاحتمال لا يعتبر
الامع الانزال ه لان الاحتمال كما قال ابن عابدين : " جمل اسما
لما يراه النائم من الجماع ه فيحدث معه انزال المنى غالبا ه فقلب لفظ
الاحتمال في هذا دون غيره ه من انواع المنام لكثرة الاستعمال " (٤) .

== ج / ٤٤٤ / ٢ ه عيش - شرح منج الجليل على مختصر العلامة خليل
ج / ١٦٧ / ٣ شرح الخرخشي على مختصر سيدي خليل ج / ٢٩١ / ٥ ه حاشية
الجميل على شرح المنهج ج / ٣٣٦ / ٣ ه البهوتي - كشاف القناع
عن متن الاقناع ج / ٣٤٣ / ٣ ه ابن قدامة - المغنى ج / ٣٤٥ / ٤ ه

(١) ابن قدامة - المغنى ج / ٣٤٥ / ٤ - البهوتي - كشاف القناع عن متن
الاقناع ج / ٤٤٣ / ٣ .

(٢) سورة النور اية رقم (٥٩)

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ه انظر ص من هذه الرسالة .

(٤) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج / ٩٢ / ٥ ه عيش - شرح
منج الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ١٦٧ / ٣ ه ابن قدامة - المغنى ج / ٣٤٥ / ٤ ه
حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٣٣٨ / ٣ الاردبيلي - الانوار لاعمال الابوار
ج / ٤٤٠ / ١ ه النووي - روضة الطالبين ج / ١٧٨ / ٤ ه

الامر الثاني : الانبات : (١)

وهو نبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل او فرج المرأة وللقمأة في ثبوت البلوغ يظهر هذه الحالة وثلاثة اقوال :

القول الاول : ان البلوغ يثبت بمجرد نبات الشعر الخشن حول ذكر الغلام او فرج

الجارية ولا اعتداد بالشعر الضيف الذي يطلق عليه الزغب .

والى هذا القول ذهب المالكية والحنابلة . وهو احد الوجهين عن

الشافعية . ورواية عن ابي يوسف من الاحناف . (٢)

القول الثاني : ان نبات الشعر الخشن ، اشارة على البلوغ ، بالسن او بالاحتلام

في حق الكافر دون المسلم ، ومعنى هذا ، انه لو شهد عدلان على عدم بلوغه ، لسن الخامسة عشرة او عدم احتلامه ، فلا يحكم ببلوغه بمجرد الانبات .

والى هذا ذهب الشافعية في احد الوجهين عندهم . (٣)

وذلك نظرا الى ان البيئة لو شهدت على ان الشعر ظهر قبل الاحتلام

او قبل سن البلوغ فلا يمكن ان يعتبر الانبات لوحده دليلا كافيا لاثبات البلوغ

لان الانبات علامة لا يلزم اطرافها ان قد يبدو الشعر الخشن حول القبل قبل

(١) المراجع السابقة .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة - هذا هو القول المعتمد عند الشافعية كما قال
الجمال في حاشيته على شرح المنهج ، وحكى ابن الرقصة عن
الشافعية قولان غير هذا :

احدهما : ان الانبات اشارة على البلوغ بالاحتلام بخصوصه .

والثاني : انه اشارة عليه بالسن بخصوصه .

انظر : الطرى - شرح المنهج وحاشية الجمال عليه ج / ٣ / ٣٣٨ .

انتهاء مرحلة الصبا لزيادة حرارة ، او اضطراب بعض غدد الجسم ، ونحو ذلك .

وأما وجه التفريق في ذلك بين المسلم والكافر ، فلأن المسلم يتهم باستمجال الحكم بالبلوغ تشوقاً للولايات ، فلا يعتبر الانبات علامة في حقه لاتهامه بذلك ، بخلاف الكافر فإن ثبوت البلوغ يفضي به الى القتل او الجزية او ضرب الرق في الانثى . (١)

القول الثالث : ان نبات الشعر لا يعتبر علامة على البلوغ ، لانه مجرد نبات شعر ، فأشبهه في ذلك نبات ، الشعر في سائر البدن ، والنسب هذا ذهب الاحناف . (٢)

والراجع فيما يظهر لي : الرأي الاول : القائل بان نبات العانة علامة يثبت بها البلوغ .

ولهذا نظروا لما ثبت ، ومن ان النبي صلى الله عليه وسلم ، عندما اهرز لسعد بن معاذ ليحكم في بنى قريضة " حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم " وأمر ان يكشف عن مؤثرهم ، فمن انبت فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت الحقوه بالذرية ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : لقد حكم بحكم

(١) انظر المرجع السابق - وانظر ايضا : النبوى - روضة الطالبين ج ١٧٨/٤ / حاشية الكثرى على الانوار للاردبيلي ج ١/ ٤٤٠ .

(٢) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج ٩٧/٥ / حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج ٢٠٣/٥ .

الله من فوق سبعة اربعة . (١)

وقال عطية القرظي رضى الله عنه : " عرضا على النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة ، فكان من انبت قتل ، ومن لم ينبت خلى سبيله ، فكنت ممن لم ينبت فخلى سبيلي . " (٢)

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " اقتلوا شيخ المؤمنين واستحيوا شرخهم ، والشرخ : الفلماں الذين لم ينبتوا . " (٣)

قدلت النصوص السابقة على ان الانبات ، علامة على ثبوت مرحلة البلوغ حيث امرت بتطبيق العقوبة المقدرة على من انبت دون غيره ، فثبوت المقومة في حقه دليل على ان الانبات ، علامة على ثبوت البلوغ ، لا لا توقع العقوبة المقدرة الا على من توجه الخطاب الشفهي اليه بالامر والنهي ، والصبي الذى لم يبلغ بعد ، لا يتوجه اليه شيء من ذلك .

(١) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم في كتاب الجهاد والسير ، باب : جواز قتال من نقض العهد ، وجواز انزال اهل الحصن على حكم حاكم عادل ، اهل للحكم .
الا ان الامام مسلم رحمه الله ، لم يذكر في الحديث ، ان سعد بن معاذ : امر ان يكشف عن مؤثرهم - الى اخر الحديث .
والواقع ان هذه الزيادة صحيحة ثابتة في حديث عطية القرظي ، وسأنى تخريجه بعد هذا الحديث ، انظر - صحيح الامام مسلم ج ١٦٠ / ١٦١ ، ٥
الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار ج ٥ / ٣٧٠ .

(٢) هذا الحديث اخرجه الخمسة ، وصححه الترمذى ، وابن حبان والحاكم وقال : بانه على شرط البخارى وسلم ، وايدى في ذلك الصنعانى في كتابه سهل السلام . انظر : الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد =

ثم ان شعر المائة ظاهرة يلاحظها البلوغ غالباً ، عند كل من الذكر والانثى فكان ذلك اشارة على ثبوت البلوغ كالاختلام والسن .

ولان ما يخرج من بدن الانسان ، اما متصل واما منفصل ولما كان احد انواع المنفصل وهو الانزال فيثبت به البلوغ ، كان كذلك المتصل . (١)

واما قول الشافعية بان شعر المائة قد يخرج قبل انتهاء مرحلة الصبا لحرارة ونحوها ، فيبدو فيما يظهر انه امر نادر ، قليل الحدوث ، فلا يعتبر مانعاً من ثبوت البلوغ بواسطته ، ثم ان هذا الاحتمال لا يعارض به ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك .

ويمكن ان يقال في تفريقهم بين المسلم والكافر في ذلك : بان البلوغ امر ليس له علاقة باسلام او كفر ، وانما هو : قوة تنقل الانسان من مرحلة الطفولة الى مرحلة النضج والادراك والمسلم والكافر في ذلك

== الاخير ج / ٥ / ٣٧٠ هـ الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٥٨ / ٣ .

(٣) هذا الحديث اخرجه الترمذى وصححه ، انظر - الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٣٧٠ .

(١) ابن قدامة - المغنى ج / ٤ / ٣٤٥ / ٣٤٦ هـ البهوتي - كشف القناع عن مثن الاقناع ج / ٣ / ٤٤٤ الريحاني - مطالب اولي النهى في شرح غايبة المنتهى ج / ٣ / ٤٠٢ هـ عليش - شرح منج الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ١٦٧ هـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣ / ٢٦٤ حاشية الخرشبي على مختصر سيدى خليل ج / ٥ / ٢٩١ .

سواء ، فما كان بلوغاً في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم كالاختتام ولو كان اتهم المسلم ، باستعمال نبات الشمر مانعاً من ثبوت البلوغ بواسطة ، فكان احتمال ادعاء الاختتام قبل حدوثه في - الواقع لنفعل الفرض مانعاً ايضاً من اعتبار الاختتام علامة على ثبوت البلوغ ، مع ان الاختتام لا يعرف الا من جهده بخلاف نبات شمر المافة . (١)

الامر الثالث ، العمر : مما يثبت به البلوغ عند الفقهاء ، تقدم العمر بالانسان ، الا انهم اختلفوا في عدد سني العمر التي يثبت عندها البلوغ وفيما يلي بيان ارائهم في ذلك بشي من الاجاز :

اولا :- ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والاوزاعي وابويوسف ومحمد من الاحناف الى ان السن المعتبرة للبلوغ في حق الغلام والجارسة سن الخامسة عشرة . (٢)

ثانياً :- اختلفت الرواية عن الامام ابي حنيفة في بلوغ الغلام ، وله في ذلك ثلاث روايات :

الاولى : ان يتم له خمس عشرة سنة ، كما هو رأي جمهور الفقهاء الا انها كما يظهر رواية مرجوحة عند الاحناف .

-
- (١) ابن قدامة - المشني ج / ٣٤٦/٤ .
(٢) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابوار ج / ١ / ٤٤٠ ، ابن قدامة - المشني ج / ٣٤٦/٤ الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٢٠٣ .

الثانية : — ان يتم له ثمان عشرة سنة ، وهي اصح الروايات ، وارجحها عند الاحناف ، وذلك لقوله تعالى : " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هي احسن حتى يبلغ اشده " . (١)

" واشد الصبي ثمان عشرة سنة هكذا قال ابن عباس ، والقتبي ، وقيل اثنتان وعشرون سنة ، وفي قول عمر خمسين وعشرون سنة ، وقل ما قيل فيه ثمان عشرة سنة ، فوجب تعليق الحكم به للاحتياط " . (٢)

الثالثة : — ان يبلغ تسع عشرة سنة " قيل المراد ان يضمن في التاسعة عشرة ، فلا اختلاف بين الروايتين الثانية والثالثة ، لانه لا يتم له ثمانى عشرة سنة الا يضمن في التاسعة عشرة وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة ، لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة (٣) اما بلوغ الجارية عند الامام ابي حنيفة ، فحتى تستكمل سبع عشرة سنة ، وانما قصرت عن الثامن من ذلك بسنة واحدة " لان نشوء الاناث لا يدر اكن اسرع فزدنا في حق الثامن سنة لاشتغالها على الفصول الاربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة ، فيقوى فيه " . (٤)

(١) سورة الانعام ، اية رقم (١٥٢) .

(٢) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج ٢٠٣/٥ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

ثالثاً :- ذهب المالكية في المشهور عنهم ، الى ان السن المعتبرة للبلوغ ثمان عشرة سنة ، ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى ، (١) ولم اعثر في الواقع على دليل في ذلك ، ولملهم انما رأوا ذلك على اعتبار ان اقل ما فسر به بلوغ الاشد ، الوارد في الآية الكريمة : ثمان عشرة سنة ، فوجب تعليق الحكم به للاحتياط ، كما قال ذلك الاحناف .

وللمالكية في السن المعتبرة للبلوغ ، اربع روايات اخرى ، عدا ما هو مشهور عنهم ، فقول بان يتم له خمس عشرة سنة ، وقيل ست عشرة سنة ، وقيل سبع عشرة سنة ، وقيل تسع عشرة سنة . (٢)

ولعل الراجح من ذلك ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان السن المعتبرة للبلوغ سن الخامسة عشر في حق الذكر والانثى على حد سواء .
وذللنا روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : " عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانا ابن اربع عشرة سنة ، فلم يجزني في القتال ، وعرضت عليه وانا ابن خمس عشرة سنة فأجازني " (٣) .

(١) الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٥ / ٥٩ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) هذا الحديث متفق عليه ، واخرجه الجماعة ، وزاد فيه البيهقي وابن حبان في صحيحه بعد قوله : " لم يجزني ولم يرني بلغت " قوله : " فأجازني ورائي بلغت " وقد صحح هذه الزيادة ابن خزيمة ، وانظر في هذا : الشوكاني نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٥ / ٣٧٠ / ٣٧١ الضماني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ / ٥٧ .

ففي اجازة النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر في القتال وهو ابن خمس عشرة سنة وعدم اجازته له في ذلك وهو ابن أربع عشرة سنة ، دليل على أن الخمس عشرة مخاطب بأمر الشرع ونواهيته ، ولا يخاطب بذلك إلا البالغ .

وأذا ثبت هذا ، فإن السن لما كان معنى يحصل به البلوغ وهو معنى يشترك فيه الذكر والأنثى لم يكن هناك ما يمنع من أن يستويان فيه كالأنوال . والذي يظهر لي أن أدلة من يرى خلاف ذلك لا تقوم في مقابلة ما ثبت عن الرسول عليه أفضل الصلاة والتسليم من أن البلوغ يثبت عند تمام الخامسة عشر . (١)

أما ما يختص بثبوت بلوغ الأنثى دون الذكر ، فأمران :

الأمر الأول : الحيض ، قال الحيض عند الفتاة أمر يثبت به بلوغها بإجماع العلماء كما نقل ذلك عنهم ابن قدامة في كتابه المسمى (٢) ، وذلك لقوله عليه أفضل الصلاة والسلام : " لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار " (٣) .

(١) ابن قدامة - المسمى ج ٤ / ٣٤٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي في كتاب الصلاة وابن ماجه في كتاب الحيض وقال الترمذي حديث حسن ، ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحهما ، ورواه الحاكم في المستدرك في أثناء الصلاة وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه وأظنه لسخا في خلاف فيه على قتادة ، ثم أخرجه عن سعيد عن قتادة عن الحسن ، وأليه آثار أبو داود في سننه ، ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه ، وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم - انظر ، الزيلعي - نصب الراية لأحاديث الهداية ج ١ / ٢٩٥ / ٢٩٦ .

فقدم قبول صلاة الحائض الا بخمار كدليل على انها اصحبت بالحيف
 في زمة المخاطبين باحكام الشريعة الاسلمية ولا يخاطب بذلك الا بالبلغ
 لقوله صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى
 يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يبلغ " (١)

اما الامر الثاني : فهو الحمل ، حيث لا اعلم خلافا بين الفقهاء ايضا على اعتباره
 امرا يثبت به بلوغ المرأة " لان الله تعالى اجرى المادة ان الولد لا يخلق
 الا من ماء الرجل والمرأة قال الله تعالى : " فلينظر الانسان ما خلقه خلقه
 من ماء دافق ، يخرج من بين الصلب والترائب " (٢) قيل بالصلب للرجل ،
 والترائب للمرأة ، فاذا حملت المرأة ، كان ذلك دليلا على خروج الماء من
وتروحه وتخرج دليل على بلوغها ، فيحكم به في الوقت الذي حصل الحمل
 فيه " (٣) .

هذا هو معنى البلوغ ، وهذه علاماته عند كل من الذكر والانثى ، فهل
 يعتبر شرطا للمميز فلا يصح عقد النكاح الا ببلوغه ، ام ليس ذلك بشرط
 فيكفي ان يكون المميز مميذا ، وقد اذن له في التصوف المالي من قبل وليه .

-
- (١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص ٨٨ من هذه الرسالة .
 (٢) سورة الطارق - الايات رقم (٥) (٦) (٧) .
 (٣) ابن قدامة - المثنى ج ٤/٣٤٦ ، والمرغنياني - الهداية شرح
 بداية المبتدي ج ٩/٢٧٠ مطبوع مع شرح فتح القدير ، والنهاية وحاشية
 - - - - - صدى ، مختصر خليل ج ٢٢٩ ، الشيرازي - المهذب ج ١/٣٣٧ .

نجد للاجابة على هذه التسؤلات : ان للفقهاء قولين في هذه المسألة :

القول الاول : ان بلوغ المير شرط لصحة عقد المارية فلا يصح المقد بدون ذلك ، سواء كان الصبي ماذونا له بالتجارة ، او لم يؤذن له بذلك .
والى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة . (١)

القول الثاني : ان البلوغ لا يعتبر شرطا لصحة عقد المارية ، بل يكفي ان يكون المير صبيبا مميذا ، وقد اذن له في التجارة ، وذلك نظرا الى ان المارية ، من توابع التجارة ، فيملكها الصبي المميز بالاذن له بالتجارة ، والى هذا ذهب الاحناف . (٢)

والذى يظهر لي ان الراجح من القولين : ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان البلوغ شرط لصحة عقد المارية ، فلا يكفي ان يكون المير مميذا ماذونا له بالتجارة وذلك نظرا الى ان الصبي محجور عليه لحظ نفسه ، والمتبرع في عقد المارية لا يدخل في ملكه شيء ، يقابل ما خرج منه فلاحظ حينئذ للصبي في مثل هذا التصرف بلا شك ، وهذا بخلاف المماوضة ، فانها لما كانت تقتضى ان يدخل في مقابل ما خرج من الملك شيء يمرض عنه ،

(١) محمد عيسى - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ١٦٩/٣ ، الشيرازي - المهذب ج ١/٣٧٠ ، ابن قدامة - المشنى ج ١٦٦/٥ ، ج ١٦٦/٥ .

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨/٣٨٩٨ .

صح ذلك التصرف من الصبي المأذون له بالتجارة ، عند من يرى ذلك ،
لانتفاء الضرر من ماله حينئذ بما دخل فيه كعوض عما خرج منه ، فمراعاة لحظ
الصبي في ماله ، منع من التبرع ، إذ ليس أضر على المال من أن يتصرف
فيه بدون عوض ، على أن الحجر عليه ، إنما كان للمحافظة على مصالحه
المالية .

وما استدل به الأحناف من أن الماربة من توابع التجارة فيملكها
الصبي المأذون له ، أمر لا يظهر لي ، لأن الإعارة تطليق للمنفعة بشيء عوض
والحجر على الصبي إنما كان لحظ نفسه ، فإذا تمكن من انفاق ماله من
غير عوض ، كان ذلك مخالفة لما من أجله وجب الحجر عليه ، وهو المحافظة
على ماله من الضياع .
والله أعلم بالصواب .

ثالثا - الرشيد : دل

اختلف الفقهاء في المراد بالرشيد ، هل هو الصالح في الدين اى بمعنى عدم الفسق او هو الصالح في المال ، الذى هو عدم السفة ، او هو الصالح فيها ، اى في الدين والمال :
الواقع ، ان للفقهاء في ذلك قولين :

القول الاول : ان المراد بالرشيد : الصالح في المال والقدرة على حسن التصرف فيه وان كان المتصف بذلك فاسقا .

والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف والحنابلة وهو القول الممتد عند المالكية واليه ذهب ابن جرير ، وابو اسحاق المروزي وهو الاظهر من مذهب الشافعي كما قال ذلك المطيعي ونسبه ابن قدامه والقرطبي الى عبد الله بن عباس رضى الله عنه كما نسبه القرطبي الى السدي والثوري والضحاك وسعيد بن جبير والشمسي . (١)

القول الثاني : ان المراد بالرشيد الصالح في الدين والمال معا فلا يكتفى بالصالح في احدهما عن الاخر .

والى هذا القول ذهب المدنيون من اصحاب مالك ، وهو الراجح عند

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج ١٩٨/٥/ ،
التسولي - البهجة في شرح التحفة ج ٢٩٤/٢٩٣/٢ ، ابن قدامه
المثنى ج ٣٥١/٣٥٠/٤ .
المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٣٢٢/٥/ ، الطبري
جامع البيان عن تأويل القرآن ج ٥٧٨/٥٧٦/٧ ، القرطبي - الجامع =

الشافعية واليه ذهب الحسن البصري وابن المنذر ^{وهو} وقال ابن عثيل من الحنابلة . (١)

== لاحكام القرآن ج / ٣٧/٥ المطيعي - تكملة المجموع شرح المذهب ج / ٣٦٨/١٣ ، حاشية الحاج ابراهيم على الانوار للارذبيلي ج / ٤٤١/١ هـ ابن حميد - القيود الواردة على استعمال الملكية / ١٠٦/١٠٧ . وما قاله المطيعي من ان هذا القول هو الاظهر من ذهب الامام الشافعي هـ يرد عليه ما جاء في الروضة من انه وجه في المذهب وهو شاذ ضعيف هـ انظر النووي - روضة الطالبين ج / ١٨١/٤ . والمراد بالصلاح في المال : عدم تبذيره واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع كما اشار الى ذلك البابرتي وقاضى زاده من الاحناف هـ وغالب اقوال الفقهاء تدور حول هذا المعنى . انظر: البابرتي على الهداية ج / ٢٥٩/٩ هـ قاضى زادة - نتائج الافكار هـ في كشف الرمز والاسرار ج / ٢٥٩/٩ هـ هذان الكتابان مطبوعان في كتاب واحد ومعهما الهداية وحاشية سعدى افندى . وانظر : الدردير - الشرح الصغير ج / ١٤٢/٢ مطبوع بهامش بلغة السالك هـ الشيرازي - المذهب ج / ٣٣٨/١ النووي - روضة الطالبين ج / ١٨٠/٤ هـ ابى البركات - المحرر ج / ٣٤٧/١ - ابن قدامة - المشنى ج / ٣٥٠/٤ .

(١) التسولى - البهجة في شرح التحفة ج / ٢٩٤/٢ هـ الشيرازي - المذهب ج / ٣٣٨/١ النووي - روضة الطالبين ج / ١٨١/٤ هـ ابن قدامة - المشنى ج / ٣٥٠/٤ المطيعي - تكملة المجموع شرح المذهب ج / ٣٦٨/١٣ هـ المرادوى - الانصاف ==

وما استدل به اصحاب هذا القول ، قوله تعالى : " وابتلوا
اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا ،

== في مرفوعة الراجح من الخلاف ج / ٣٢٢/٥ ابن حميد - القيود
الواردة على استعمال الملكية / ١٠٣/١٠٢ . والمراد بالصلاح في الدين
عند القائلين به : " ان لا يفعل محرما . يبطل المدالة ، من ارتكاب كبيرة او
اضرار على صغيرة ، اما ما يبطل المروءة ، كالاخلاق بتقاليد الناس واداءاتهم
الباحثة شرعا فلا يسقط الرشده ، قالوا : لان الاخلاق بالمروءة ، لا
يحرم على المشهور " . انظر : ابن حميد - القيود الواردة على
استعمال الملكية / ١٠٦/١٠٥ ، وانظر : المحلى - شرح منهاج الطالبين
ج / ٣٠١/٢ وانظر حاشيتي القليوبي وغيره على الشرح المذكور وهما
مطبوعتان معه في كتاب واحد . حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٣٤٠/٣
النووي - روضة الطالبين ج / ١٨٠/٤ الشيرازي - المذهب ج / ٣٤٨/١
وجب التنبيه الى ان الشافعية ، وان كان المراد بالرشد عندهم (الصلاح
في الدين والمال معا ، الا ان الرشده بمعنى الصلاح في الدين خاصة ،
لا يعتبر شرطا لصحة تصرف من بلغ صلاح الدين وماله ، ثم عاوده الصلاح
في الدين فقط ، حيث لا يحجز عليه عندهم بهذا السبب ، بخلاف
ما اذا قارن عدم الصلاح في الدين ، البلوغ ، فانه يحجز عليه ، لان الاصل
بقاؤه ، فاذا زال الحجر بثبوت الصلاح في الدين والمال بعد البلوغ فلا يماذ
الحجر عليه بمعاودته للفسق دون السفه ، قالوا : لان الاطلاق من الحجر
ثبت ولا لاصل بقاؤه ، ولان السلف الصالح لم يحجروا على الفسقة ، ولان ==

فادفعوا اليهم اموالهم " (١) .

فقوله " رشدا " نكرة في سياق الشرط ، والنكرة في سياق الشرط ، تعم ، ومن هنا فالرشد الوارد في الآية الكريمة يعم الصالح في الدين والمال .

وهو يد هذا ما روى عن ابن عباس في معنى الرشد ، عند تفسيره لهذه الآية حيث قال : الرشـد : الحلم والعقل والوقار .

وهذه الصفات لا تتواجد في انسان مفسد لدينه اولماله ، فكان من ضرورة ، توفر هذه الصفات فيه ، ان يكون مصلحا في الدين والمال معا . (٢)

== الفسق لا يتحقق به اتلاف المال ، ولا عدم اتلافه بخلاف السفه فانه لو بلغ رشيدا ثم عاوده السفه فانه يحجر عليه لتحقيق اتلاف المال بوجوده وبالتالي فالرشد يعمى الصالح في المال شرط لصحة تصرف المحجور عليه بسبب السفه ، سواء كان المحجور عليه بعد البلوغ مباشرة او بعد ثبوت رشده ، ومما يؤيده للسفه .

انظر في هذا : الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٤٤١ ، وانظر : حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ، وهي مطبوعة معه في كتاب واحد .

(١) سورة النساء اية رقم (٦) .

(٢) المطيعي - تكملة المجموع شرح المذهب ج / ١٣ / ٣٦٨ ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٥ / ١٦٦ ومنه حاشيتي الشرواني والمباذى وابن حميد القويد الواردة على استعمال الملكية / ١٠٣ / ١٠٤ .

ثم ان الفاسق غير رشيد بلا شك لان من تدنى في امور دينه وقصر فيها فقد وجد منه بذلك ما يمنع من الثقة به في حفظ ماله ورعايته وحسن التصرف فيه .

وذلك لانه لما منع افلده لدينه قبول قوله ، وشبهت الولاية له على غيره ، فكذلك يمنع من الثقة به حسن ادارته لشئونه المالية ، وليس من شرط ذلك ان يعرف منه كذب او تهدير . (١)

ولعل القول الراجح من هذين القولين : ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان المراد بالرشد الصلاح في المال فقط .

وذلك ، لان الله سبحانه وتعالى ، قال : " فان آمنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم " . (٢)

فقوله : " رشدا " نكرة في سياق الاثبات فتخص ، لا نكرة في سياق الشرط فتعم .

ومن هنا ، فكل من احسن في ادارة ماله ورعايته ، واجاد التصرف فيه ، فقد تحقق منه رشد بلا شك .

وهو يد هذا ما روى عن ابن عباس ، من ان المراد بالرشد هنا : ا - الصلاح في المال . ولان المدالة لا تتميز في الرشد على الدوام فلا تتميز في الابتداء كالزهد في الدنيا ، فمن بلغ صلاحا لدينه وماله فمكن من ممتلكاته ، ثم فسق بعد ذلك ، فلا يحجر عليه ، باجماع الفقهاء ، كما نقل ذلك

(١) ابن قدامة - المغني ج ٤ / ٣٥٠ .

(٢) سورة النساء اية رقم (٦) .

الطبري عنهم . (١)

ثم ان الحجر على من لم يبلغ الرشد انما هو للمحافظة على ماله
فاذا احسن التصرف فيه ، فقد اشبهه العدل ، فيرتفع عنه الحجر بذلك
وان كان فاسقا ، لزوال ما من اجله كان الحجر عليه . (٢)
واما استدلال الشافعية ومن معهم بقول ابن عباس : الرشد
الحلم ، والمقل والوقار .

فيمكن ان يجاب عنه : بان ما قاله ابن عباس في المراد بمعنى الرشد
لا يقتضى الصلاح في الدين وانما يستلزم الطلاح في المال ، لان سياق الاية
في هذا الموضوع ، ويؤيد هذا ما روى عن ابن عباس نفسه : من ان الرشد :
الصلاح في المال فقط . (٣)

واما قولهم : ان كلمة " رشدا " الواردة في الاية الكريمة ونكسرة
في سياق الشرط ، فتعم ، امر قد لا يسلم به ، لان سياق الاية الكريمة
كما قلنا ، في حفظ المال دون غيره ، فيحمل معنى الرشد على الصلاح
فيه .

وقال الرازي في ذلك : " اما الرشد فمعلوم ، انه ليس المراد
الرشد الذي لا تعلق له بصلاح المال بل لا بد ان يكون هذا مراداه
لان المراد بالابتلاء في قوله : " وابتلوا اليتامى " هو ابتلاهم فيما يتعلق

- (١) الطبري - جامع البيان عن تأويل القرآن ج ٥٧٧/٧ / ٥٧٨ ، القرطبي -
الجامع لاحكام القرآن ج ٣٧/٥ ، ابن قدامة - المثنى ج ٣٥١/٤ ، ابن
حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ١٠٨/١٠٧ .
(٢) ابن قدامة - المثنى ج ٣٥١/٤ .
(٣) المراجع السابقة .

بمخالص حفظ المال ثم قال سبحانه : " فان آتستم منهم رشدا " يجب ان يكون المراد : فان آتستم منه رشدا في حفظ المال وضبط مصالحه ، فان لم يكن المراد ذلك تفكك النظم ولم يبق للبعض تعلق بالبعض ، وإذا ثبت هذا ، علمنا ان الشرط المعتبر في الآية هو : حصول الرشد في رعاية مصالح المال " (١) .

وأما قولهم : بان الفاسق غير رشيد فمسلم بالنسبة ، لدينه فقط اما بالنسبة لماله فقير مسلم لانه يحسن التصرف فيه ، ووحيد رعايته والحفاظ عليه فهو رشيد في ذلك اذن . وعدم رشد الفاسق من جهة الدين فقط ، لا يوجب الحجر عليه في ماله ، لانتقاض ذلك بالكافر ، فهو بلا شك غير رشيد لكفره ، ومع هذا لم يحجر عليه التصرف في ماله لهذا السبب ولو كانت المدالة شرطا في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال " (٢) .

ولا يلزم من عدم الاعتداد بقول الفاسق ان لا يحجر عليه ، فان من يفرض في التقيد بالتقاليد والأعراف المباحة لا يقبل شهادته ، ولكن يدفع اليه ماله ، فليس كل من لا يقبل قوله يحجر عليه ، فلا يمكن من ماله . (٣) .

-
- (١) الرازي - التفسير الكبير ج / ١٨٨ / ١٨٩ ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ١٠٤ .
 (٢) ابن قدامة - المثنى ج / ٣٥١ / ٤ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج / ١٩٨ / ٥ .
 (٣) المراجعين السابقين .

وهذا نصل الى ان الراجح في المراد بالرشد : الصلاح في المال وحسن التصرف فيه كما هو رأى جماهير الفقهاء •

واذا ثبت هذا : فهل يعتبر الرشد ، بمعنى الصلاح في المال شرطاً لصحة تبرع المحجور عليه بسبب السفه سواء كان التبرع تبرعاً بمعين المال ، او بمنفتمته ، ام يكفي لصحته ان يكون المتبرع حراً بالغا عاقلًا ، ولا اعتبار بمد ذلك لكونه رشيداً او سفيهاً •

الواقع ، ان الفقهاء في ذلك فريقان :

الفريق الاول : يرى الحرج على السفيه الذي لا يحسن حفظ ماله ، وبالتالي فالرشد شرط لصحة تبرع المحجور عليه بسبب السفه ، عند علماء هذا الفريق ، ومثله : جماهير الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، وابويوسف ومحمد بن اسحاق الامام ابي حنيفة ، وابن المنذر والقاسم بن محمد بن ابي بكر الصديق وغيرهم •

وقال ابن المنذر : " اكثر علماء الامصار من اهل الحجاز والمراق والشام ومصر : يرون الحرج على كل منيع لماله صغيرا كان او كبيرا •

وقال الامام مالك : " لو غضب بالحناء ولم يؤثمه منه رشده لم يدفع اليه ماله " •

وقال الطحاوى : " لم ار من احد من الصحابة منع الحرج من الكبير ، ولا من التابعين ، الا ابراهيم النخعي وابن

سيرين " (١) .

أما الفريق الثاني :

فهو يقولون باشتراط الرشد لصحة عقد العارية ونحوها ، بل يصح العقد عندهم وإن كان الماقد سفيهاً ، لا يحسن حفظ ماله وروايته ومثل هذا الفريق : الامام ابو حنيفة ، وابن سيرين والنخعي وابن حزم الظاهري . (٢)

واستدل هؤلاء لرأيهم بأدلة كثيرة من اقوالها فيما يظهر

لي ما يأتي :

٦ - قال الله تعالى : " ولا تأكلوها أسرافاً وداراً ان يكبروا " (٣) .

قال التلمی من الاحناف في بيان وجه دلالة هذه الآية على ذلك : " المراد بالآية : الضار ، لان معنى الآية والله اعلم ، لا تأكلوا أموالهم تبادرون كبرهم ، مخافة ان يكبروا ، فلا يكون للاولياء عليهم ولايسة

(١) الشاذلي - كفاية الطالب الرباني ج ٢/ ٢١٨ ، السيد البكري - اعانة الطالبين لحل الفاظ فتح الممين ج ٣/ ١٢٨ ، البهوتي - كتلف القناع عن متن الاقتناع ج ٣/ ٤٤٤/ ٤٤٥/ ٤٥٣ ج ٤/ ٦٣/ ٣٠٣ ، المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٩/ ٢٥٩ ، التلمی - تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/ ١٩٢ ، مالك بن انس - المدونة ج ٥/ ٢٢٠/ ٢٢١ ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٥/ ٤٦٥ ، ابن قدامة - المشقى ج ٤/ ٣٤٤ ، ابن حميد - القیود الواردة على استعمال الملكية / ٧٥ وما بعدها من صفحات .

(٢) البابرتي - المنایة شرح الهداية ج ٩/ ٢٥٩/ ٢٦٠ مطبوع مع نتائج الافكار والهداية وحاشية سمعدی ابن نجیم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨/ ٩٠/ ٩١ ابن قدامة - المشقى ج ٤/ ٣٥٢ ، ابن حزم - المحلى ج ٨/ ٢٢٨ وما بعدها من صفحات .

(٣) سورة النساء آية رقم (٦) .

بمد الكبر وهو البلوغ ، فتنزع الاموال من ايديهم بالكبر ، وهذا يشهد لمذهب
ابي حنيفة رحمه الله لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر (١) هـ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان ليس كل من اصبح كبيراً
يرتفع عنه الحجر ، بدليل ان الصغير المجنون لا يرتفع عنه الحجر اذا بلغ
وهو لا يزال في جنونه ، كما يقع عليه الحجر اذا جن حال كبره ، وهذا لا خلاف
فيه بين الفقهاء . (٢)

ب - قال الله تعالى : " لن تنالوا البرحتى تنفقوا مما تحبون " (٣) .
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما من يوم يصبح على المباد
فيه ، الا ملكان ينزلان فيقول احدهما : اللهم اعط منفقا خلفا ، ويقول الاخر
الله اعط ممسكا تلفا . (٤)

فدللت الآية والحديث على " ان كل احد مندوب الى فعل الخير والصدقة
والمنفق والمنفقة في وجوه البر ليقى نفسه بذلك نار جهنم والمبذرون مأمورون
منهميون مندوبون بالنار ، مندوبون موهوبون بالجنة ، فقراء الى انقاذ انفسهم
منها كقتر غيرهم سواء بسواء " ، ولا مزية ، فلا يخرج من هذا الحكم الا من

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٣٩٣ .

(٢) ابن حميد - القصد الواردة على استعمال الملكية / ٨٠ .

(٣) سورة آل عمران - آية ٩٢ .

(٤) هذا الحديث أخرجه الامام مسلم في صحيحه من حديث ابي هريرة رضي
الله عنه في كتاب الزكاة باب المنفق والممسك . انظر - صحيح الامام مسلم

أخرجه النص ، الا المجنون ، ما دام في حال جنونه والذي لم يبلغ الى ان -
 يبلغ " (١) فليس هناك ما يدل على اخراج المذنب من ذلك ، واذا لم يكن
 خارجا ، فقد ثبت عدم الحجر عليه بجميع الايات والاحاديث التي تحدث على
 الانفاق والصدقة وفصل الخير وحينئذ لا يجوز الحجر عليه وله ان يتصرف في
 ماله بذلك وغيره ويمكن ان يناقش هذا : بان ادعاء ، ان ليس هناك ما يدل
 على اخراج السفه من عموم الادلة الحاشية على الانفاق ، ادعاء يردّه قول الله
 تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء اموالكم " (٢)

فقوله : اموالكم ، اي اموال السفهاء ، كما سيأتي بيان ذلك ،
 وعلى هذا فقد امرت الآية الكريمة بمنح السفهاء من التصرف باموالهم حتى يزول
 عنهم السفه .

ج - ان السفه حرم بالغ كامل العقل ، وكل من كان كذلك لا يحجر عليه
 كالرشيد بخلاف الممتوه والصبي فانهما ناقضا العقل ، ولهذا لم يكلفا
 فلا يمكن القياس عليهما . (٣)

ويمكن ان يناقش هذا : بان قياس غير الرشيد على الرشيد
 في صحة تصرفه وعدم الحجر عليه ، ربما كان قياسا مع الفارق ، وبيان ذلك :
 ان السفه لو تارن البلوغ منع دفع ماله اليه وابوحنيفة لا يخالف في ذلك

(١) ابن حزم - المحلى ج ٨ / ٢٢٩ / ٢٨٠ بتصرف يسير .

(٢) سورة النساء اية رقم (٥) .

(٣) التلمی - تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ١٩٣ .

فذلك اذا حدث ، اوجب انتزاع المال ، بخلاف الرشيد فانه متى
قارن البلوغ ، دفع ماله اليه . (١)

ومن هنا فالذى يظهر لي رجحان : ان رشيد الحجر عليه
بسبب السفه شرط لصحة تبرعه سواء كان عاوية او غيره ، ومتى
تخلف هذا الشرط فعقد التبرع فاسد لا اثر له ، كما ذهب الى ذلك
جمهور الفقهاء ، ومن ادلتهم على هذا ما ياتي :

٢ - قال الله تعالى : " فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا

اولا يستطيع ان يعمل هو ، فالعمل عليه بالمدل " . (٢)

وقال الله تعالى : " ولا توتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم
قياما وارزقوهم فيها واكسوهم " (٣) .

ففي الايتين دليل على ثبوت الولاية ، والحجر على السفهاء ، حيث

منهم في الآية الاولى من التصرف وجعل ذلك لاوليائهم ، وفي

الاية الثانية اوجب الحجر عليهم في اموالهم فمنع الاولياء

من تمكينهم منها .

والمراد بقوله : " اموالكم " اي اموال السفهاء ، وانما اضيفت للاولياء

لانهم القائمون عليها والمديون لها ، والسفيه كما يقيم من تفسير اكثر الفقهاء

لمعنى السفه هو : المبذر المتلف لماله على خلاف مقتضى العقل والشرع .

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٥٢ .

(٢) سورة البقرة اية رقم ٢٨٤ .

(٣) سورة النساء اية رقم (٥) .

ويتفق هذا التفسير مع احد استخدامات لفظ السفه في اللغة العربية ،
فقد استعمل في خفة النفس لنقصان العقل كما استخدم صفة للجاهل
ومعلوم ان اتلاف المال على خلاف مقتضى العقل والشرع لا يتأتى الا من جهل
وضعف عقله وادراكه وساء تصرفه وتدبيره وتقصيره بعواقب الامور . (١)

ونوقش هذا الاستدلال : بان المراد بالسفهاء في الايتين
المسابقين ، صفار السن ، والمجانين لا كل من لا يحسن الحفاظ على
ماله .

وذلك نظرا الى ان السفه في لغة العرب يطلق ويراد به احد ثلاثة
معان لا رابع لها .

المعنى الاول : الكفر .

والمعنى الثاني : البذاءة والسب باللسان .

- (١) السرخسي - المبسوط ج / ١٥٧ / ٢٤ ، البابرتي - شرح المنهاية
على الهداية ج / ٢٥٩ / ٩ وما بعدها من صفحات ، مطبوع مع تكملة فتح القدير
والهداية وحاشية سمدي ، ابن قدامة - المعنى ج / ٣٤٣ / ٤ ، ٣٤٤ ،
الكملي - سراج السالك شرح اسهل المسالك ج / ١٥١ / ٢ ، الدودي -
الشرح الصغير ج / ١٤٢ / ١٣٧ / ٢ ، ومع بلغة السالك ، التسولي - البهجة
في شرح التحفة ج / ٢٩٤ / ٢٩٣ / ٢ ، المحلى - شرح منهاج الطالبين
ومعه حاشيتي القليوبي وميرة ج / ٣٠١ / ٢ / ٣٠٢ ، الشربيني - الاقتاع في
حل الفاظ ابي شجاع ومع حاشيته البيهقي ج / ٦٨ / ٣ / ٦٩ ، الارذبيلي -
الانوار لاعمال الابراج / ٤٤١ / ١ ، الانصاري - شرح المنهج ومع حاشية =

والمعنى الثالث : " عدم العقل ، الرافع للمخاطبة كالمجانين والصبيان فقط ، وضوفاً " هم المقصودون في الايتين السابقتين باجماع الفقهاء .

اما المعنى الاول والثاني فليس بمقصودين في الايتين السابقتين بلا خلاف بين الفقهاء في ذلك ، وعلى هذا فليس هناك ما يدل على ان المراد بالسفهاء في الايتين السابقتين عدم الصلاح في المال ، لا لغة ولا شروفاً " (١) .

ثم ان الضمير في قوله تعالى : " ولا تؤموا السفهاء اموالكم " يجوز ان يكون واجماً الى المخاطبين بذلك دون السفهاء ، عليه فيكون المراد : " نهى الأزواج عن دفع الاموال الى النساء وجعل التصرف اليهم كما كانت المرب تجعله " . (٢)

ويمكن ان يجاب على هذه المناقشة : بان السفهاء كما ورد في معاجم اللغة العربية : كلمة تطلق مراد بها في بعض استعمالاتها : الخفة والطيش ، والجهل واضطراب الرأي .
قال ابن الاثير : " السفهاء في الاصل : الخفة والطيش ، وسفهاء فلان رايه ، اذا كان مضطرباً لا استقامة له ، والسفهاء الجاهل " . (٣)

الجميل ج / ٣ / ٣٤٢ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ١٨٠ وما بعدها من صفحات ، البهوتي كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٣ / ٤٤٥ ، البهوتي - شرح منتهى الارادات ج / ٢ / ٢٩٠ / ٢٩١ / ٢٩٤ الفيروزبادي - القاموس المحيط ج / ٤ / ٢٨٥ مادة (سفهاء) .

- (١) ابن حزم - المحلى ج / ٨ / ٢٨٧ مسألة رقم (١٣٩٤) يتصرف .
- (٢) السرخسي - المبسوط ج / ٢٤ / ١٦١ .
- (٣) ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاثر ج / ٢ / ١٦٧ ، وانظر : الزيات - المعجم الوسيط ج / ١ / ٤٣٦ / ٤٣٧ مادة (سفهاء) .

وقال الفيروزبادي : " السفه ٠٠٠ خفة الحلم او نقيضه والجهل (١)

والى قريب من هذا المعنى اللغوي ذهب اكثر الفقهاء في تفسير معنى
السهف في الاصطلاح وعباراتهم في ذلك مقاربة :

وعرفه الباهرتي من الاحناف : " بانه خفة تعتري الانسان فتحمله
على العمل بخلاف موجب حكم الشرع والمقل مع تمام العقل ، وقد غلب
في عرف الفقهاء على تهذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع " (٢) .

وعرفه الدردير من المالكية بانه : " التهذير ٠٠٠ بصوف المال فسي
مضية كخمر وقمار ٠٠٠ او صرفه في معاملة من بيع او شراء بشئ فاحش
خارج عن المادة بلا مصلحة تترتب عليه ، بأن يكون شأنه ذلك من غير
مبالاة او صرفه في شهوات نفسانية على خلاف عادة عقله في ما يملكه
ومشربه ومركوبه ونحو ذلك او باتلافه هدرًا " (٣) .

وعرفه الشربيني من الشافعية : " بانه المذر لماله كان يرميه
في بحر او نحوه ، او يضيئه باحتمال غن فاحش في معاملة او يصرفه في
محرم " (٤) .

وعرفه المحلى من الشافعية : " بانه سوء التصرف " (٥) .

(١) الفيروزبادي - القاموس المحيط ج / ٤ / ٢٨٥ / مادة (سفه) .

(٢) الباهرتي - شرح العناية على الهداية ج / ٩ / ٢٥٩ .

(٣) الدردير الشرح الصغير ج / ٢ / ١٤٢ ، مطبوع بهامش بلفظ السالك للصاوي .

(٤) الشربيني - الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع ج / ٣ / ٦٨ / ٦٩ مطبوع
بهامش حاشية البيهقي .

(٥) المحلى : شرح منهاج الطالبين ج / ٢ / ٣٠٢ مطبوع بهامش حاشيتي
القليوبي وعمره .

وقال ابن حجر : " السفه هو الذي يضيع المال وفسده لسوء تدبيره " (١) .

وقال البجلي من الحنابلة : " السفه ضعيف العقل وسوء التصرف وسعى سفها لخفه عقله " (٢) .

والواقع ، ان من ضعف عقله ، تأتي منه التذير على خلاف مقتضى العقل والشرع فيكون تفسير البجلي للسفه على هذا ، مطابقا لتفسير بقية الفقهاء في المعنى .

وهذا الذي اوردته من كلام الفقهاء حول تعريف السفه ، يفتح ان اكثر الفقهاء يقصدون بالسفه : تذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع او سوء التصرف والتدبير في الجملة ، كما يفهم ذلك من عباراتهم السابقة . وهذا التفسير مطابق الى حد كبير لاحد استخدامات لفظ السفه في اللغة العربية وهو خفة النفس لنقصان العقل واضطرابه وعدم استقامته كما سبق بيان ذلك ، ان لا يتأتى تذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع ، او سوء التصرف والتدبير الا ممن ضعف عقله وادراكه .

وبالتالى ، قلنا ان نقول : بان السفه قصور في العقل ينتج عنه سوء في التصرف والتدبير ، ولا نكون بذلك مخالفين لما سبق عن جمهور الفقهاء ، من ان السفه التذير او سوء التصرف والتدبير ، للزوم هذه الصفة المضطرب العقل والادراك .

(١) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج / ٥ / ٤٦٥ .

(٢) البجلي - المطلع / ٢٢٨ .

وإذا ثبت ما أوردناه من مصاحم اللغة العربية بأقوال أكثر الفقهاء :
 أن السفه قصور في العقل ينتج عنه "سوء" في التصرف والتدبير ، كان السفه
 حينئذ شاملا للمجنون الذي فقد عقله ، والصبي الذي عنده بعض الإدراك ،
 والكبير الذي ضعف عقله وساء تصرفه وتدبيره .

ومن هنا فإن قصور هذا اللفظ على المجنون والصبي مع دخول غيرهما
 فيه ، أمر لا يخلو من نظر فإذا جاز أن يطلق على المجانين والصبيان سفهاء -
 لدخولهم في معنى هذا اللفظ ، فما الذي يمنع من دخول الكبير ، الذي
 ضعف عقله في مصاه مع عدم وجود ما يمنع من دخوله . (١)

ويؤيد هذا ، أن أكثر المفسرين ، ذكروا أن السفه الذي ورد ذكره
 في القرآن الكريم صفة للكبار ، ليس المراد به الكفر ، وإنما المراد به ضعف
 العقل والإدراك والخفة في الأحكام والصد والاعراض عن التدبير ، وإنما وصف
 الكبار بذلك تشبيها لهم وتنقيصا لأخلاقهم وقولهم ، وهذا ما يبدو واضحا
 من سياق أغلب الآيات التي ذكرت ذلك ، ومنها قوله تعالى : " وإذا قيل
 لهم آمنوا كما آمن الناصر قالوا : انؤمن كما آمن السفهاء إلا أنهم هم
 السفهاء " (٢) .

وأما قول المخالفين لرأى الجمهور : بأنه يجوز أن يكون التفسير فسي

(١) ابن حيد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٢/٩١ .

(٢) المرجع السابق ٩١/٤ وأنظر : تفسير الرازي ج ٦٨/٢ ج ٩١/٤ ،
 تفسير ابن كثير ج ٨٩/١ ، تفسير الألوسي ج ١٤٤/١٤٥ ج ٢/٢
 ٢ ج ٨٥/٢٩ ، تفسير النسفي ج ٢٩٩/٤ .

قوله تعالى : " ولا تؤثروا السفهاء اموالكم " راجع الى المخاطبين ه فيكون المراد : نهى الأزواج عن دفع الاموال الى النساء وجعل التصرف اليهـم كما كانت العرب تفعل ذلك .

فيمكن ان يجاب عنه من وجهين :

الوجه الاول : " ان الذى عليه اكثر العلماء ه ان الاموال هنا للسفهاء ه وانما اضيفت الى اولئاهم ه لان الاهتمام بها مضافا اليهـم ه وكذلك للاشارة الى ان حسن تدبير المال وحفظه واستعماله في الوجه النافعة يعود بالخير على المجتمع كله ه كما ان فساد ه والبطرفيه يودي الى هلاك الامة كلها " (١) .

والوجه الثاني : لا يسلم ان المراد بالسفهاء في الآية الكريمة : النساء " لان العرب انما تقول في النساء سفهاء او سفهات لانه الاكثر في جمع فعيلة " فلو كان المراد بهـم النساء لجمعت على ذلك والقرآن عربى نـزل بلغة العرب . (٢)

ب - قال الله تعالى : " وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ه فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهـم اموالهم " (٣) .
قال ابن قدامة في توجيه هذه الآية : " علق الله سبحانه وتعالى دفع اموال اليتام على شرطين ه البلوغ ه والرشد ه والحكم المعلق علىـ

(١) ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٢ .

(٢) القوطي - الجامع لاحكام القرآن ج / ٥ / ٢٨ .

(٣) سورة النساء اية رقم (٦) .

شرطين ، لا يثبت بهما : (١)

ج - " عن انس ابن مالك رضى الله عنه : ان رجلا (٢) كان يبتاع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي عقده ضعف (٣) فأتى اهله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله ، احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقده ضعف ، فنهاه فقال الرجل : يا نبي الله انى لا اصبر عن البيع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان كنت غير تارك للبيع ، فقل :

(١) ابن قدامة - المفتى ج / ٤ / ٤٤٠٣

(٢) الرجل الذى ورد ذكره في الحديث هو : حبان بن منقذ الانصارى ، وفي رواية هو منقذ بن عمرو ، وكان حبان رضى الله عنه قد ضرب على رأسه فسي الجاهلية فشج حتى بلغت شجته المأومة ، وهي ما تسمى بام الدماغ ، فكان لهذه الشجة اثر على لسانه وقلبه ، وبالتالي ساء تصرفه وتدبيره لئله فكثرت غنمه وانخداعه فيما يبيع ويشتري ، فأرشد النبي صلى الله عليه وسلم الى قول : لا خلابه عند البيع والشراء ليكون له بقولها الخيار ، فكان يقول اذا بايع : لا خذابه ، لا خذابه ، بالذال ، ويريد لا خلابه . . .
انظر : ابن حزم - المحلى ج / ٨ / ٢٩٥ ، ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج / ٥ / ٢٤١ ، والنووى - المجموع شرح المذهب ج / ٩ / ١٨٩ / ١٩٠ ، ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٣ الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٢٨٧ / ٢٨٨ ، الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ٦ / ٨٠

(٣) قوله : " في عقده ضعف " اى في رأيه ونظره في مصالح نفسه ضعف ، وجاء في رواية ابن اسحاق : " ونقص عقله " انظر : ابن الاثير - جامع الاصول ج / ١ / ٤٩٤ ، النووى - المجموع شرح المذهب ج / ٩ / ٢٠٣ ، ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٤ .

هاها " ولا خلا به " (١) .

وزاد ابن اسحاق في روايته : ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها
ثلاث ليال فان رزيت فامسك وان سقطت فارد ، فكان اذا اشترى شيئا
ف قيل له انك غنت فيه رجع به ، فيشهد له الرجل من الصحابة ، بان النبي
صلى الله عليه وسلم ، قد جعل له الخيار ثلاثا فيرد له دراهمه " (٢) .

فدل الحديث الشريف على مشروعية الحجر على من لا يحسن حفظ
ماله لضعف عقله اوسوء تدبيره او عدم تبصره بمواقب الامور بحيث اجاب النبي
عليه افضل الصلاة والسلام اهل هذا الرجل الى ما طلبوه من الحجر عليه في ماله ،
ان لولم يكن الحجر على من هو في مثل وضعه واردا ، لما اجابهم الرسول
صلى الله عليه وسلم الى ذلك .

الا ان الرجل لما شك من عدم قدرته على ترك البيع ، اجاز له
النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع ويشترى ، وان يقول حال البيع والشراء
لا خلا به ، مشروطا بذلك الخيار لنفسه ثلاثة ايام . (٣)

(١) قوله : " هاها " هو ان يقول كل واحد من المتبايعين : (هاها)
فيحيط به ما في يده " انظر : ابن الاثير - جامع الاصول ج ١ / ٤٩٥ ،
ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٤
وقوله : " لا خلا به " اي خداع ، فالخلا به ، الخداع بالقول اللطيف ،
انظر : ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاسم ج ١ / ٣٠٩ مادة
(خلب) .

(٢) قال النووي في تخريج هذا الحديث : " هذا الحديث حسن رواه البيهقي
بهذا اللفظ باسناد حسن وكذلك رواه ابن ماجه باسناد حسن ، وكذا رواه البخاري =

يمكن ان يناقش هذا : بان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحجر
 على حبان بن منقذ حينما طلب اهله ذلك لكثرة ما يخدع في البيع ، وانما قال
 له : اذنا بايعت فقل لا خلافة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال
 ولو كان الحجر على من هو في مثل وضعه مشهورا لحجر عليه .
 وهى فرض انه قد حجر عليه ، فقد فك ذلك عنه عندما اخبره ،
 بانه لا يصبر عن البيع .
 ولا احد ممن يقول بالحجر على السفه يرى ارتفاع الحجر بادعاء
 عدم الصبر على البيع . (١)

== في تاريخه في ترجمة منقذ بن عمرو باسناد صحيح الى محمد بن اسحاق
 وهو صاحب المنازى ، والاكثرون وثقوه ، وانما عابوا عليه التدليس ، وقد قال
 في روايته حدثني نافع ، والدليس اذا قال : حدثني او اخبرني او سمعت
 وشحوها من الالفاظ المصحة بالسمع احتج به عند الجماهير ، وهو مذاهب
 البخارى ومسلم وسائر المحدثين وجمهور من يعتمدونه وانما يتركون حديث
 الدليس ما قال فيه (عن) .

انظر : النووى - المجموع ج / ٢٠٣ / ٩ ، الشوكانى - نيل الاوطار ج / ٥ /
 ٢٨٨ / ٢٨٧ ، الزيلعى - نصب الراية ج / ٨ / ٧ / ٦ / ٤ ، الصنعمانى - سبيل
 السلام ج / ٣٥ / ٣ ، ابن الاثير - جامع الاصول ج / ١ / ٩٤٤ ، ابن حجر - فتح
 البارى ج / ٥ / ٢٤٠ / ٢٤١ ، الباجي - المنتقى ج / ٥ / ١٠٨ ، ابن حميد
 القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٤ / ٩٣ .

(٣) السرخسي - المسوط ج / ١٥٧ / ٢٤ ، ابن حجر - فتح البارى بشرح
 صحيح البخارى ج / ٥ / ٢٤٢ ، ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية /
 ٩٤ / ٩٣ .

(١) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج / ٥ / ١٩٤ ، السرخسي -
 المسوط ج / ١٦١ / ٢٤ ، ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج / ٥ / ٢٤١ / ٢٤٢ .

ويمكن ان يجاب عن هذه المناقشة : بان النبي صلى الله عليه وسلم ه نهى حبان عن البيع والشراء حينما طلبأهله ذلك ه وهذا بحد ذاته ه دليل على مشروعية الحجر على من هو في مثل وضعه اذ لو لم يكن ذلك مشروعا لما نهاه الرسول صلى الله عليه وسلم عن البيع .

الا ان حبان لما شكك من عدم قدرته على ترك البيع اجاز له النبي صلى الله عليه وسلم ذلك خاصة ه وخوفا من ضياع ماله عليه ه امره باشتراط الخيار ه بقوله لا خلايه .

وكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يحجر عليه لشخصه ه لتحقيق عدم غبنه بقوله لا خلايه ه امر لا يدل على منع الحجر على السفه ه لان صحة تصرف حبان مع ثبوت الخيار له بقوله لا خلايه ه شي خاص بحبان لا عموم له ه وريد هذا ما جاء في بعض طرق حديث حبان السابق عند الدار قطني ه قال : " كان حبان بن منقذ رجلا ضميفا صريحا البصر ه وكان قد سفح في رأسه مأمومة ه فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم له الخيار فيما يشتري ثلاثة ايام ه وكان قد ثقل لسانه ه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع وقل لا خلايه " (١) .

(١) هذا الحديث أخرجه الدار قطني في سننه وأخرجه الحاكم في المستدرک من حديث محمد ابن اسحاق عن نافع عن ابن عمر ه وله طرق أخرى بالفاظ متقاربة، انظر : الزيلعي - نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٨ / ٢ / ٦ / ٤ / الشوكاني - نيل الأوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٥ / ٢٨٧ / ٢٨٨ .

فدل سياق الحديث ، على ان هذه الحادثة حادثة عين لا عسى لها . (١)

د - " روى ان عبدالله بن جعفر كان يقضى ماله في الجهاد والضياقات حتى اشترى دارا للضيافة بمائة الف ، قبل ذلك على بن ابي طالب فقال : لا تبن عثمان ، ولا سألته ان يحجر عليه ، فاهتم بذلك عبدالله ، وجاء الى الزبير فأخبره بذلك ، فقال : اشركني فيها ، فأشركه ، ثم جاء على الى عثمان رضى الله عنهما ، فسأله ان يحجر عليه ، فقال : كيف احجر على رجل شريك الزبير ، وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته ، انه لا نفع في تصرفه " (٢) .

فهذا اتفاق من الصحابة رضوان الله عليهم على مشروعية الحجر على البذر ، الذي لا يحسن حفظ ماله ، وهي قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها احد في عصرهم ، كما قال ذلك ابن قدامة ، فتكون اجماعا (٣) .

(١) الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٢٨٨ / ٢٨٩ ابن حبيب - القيد الواردة على استعمال الملكية / ٩٥ .

(٢) " هذه القصة رواها الشافعي عن محمد بن الحسن عن ابي يوسف القاضي عن هشام بن عروة عن ابيه ، وأخرجها ايضا البيهقي وقال : يقال ان ابا يوسف تفرد به وليس كذلك . ثم أخرجها من طريق الزهري المدني القاضي عن هشام نحوه ، ورواها ابو عبيدة في كتاب الاموال عن عفان ابن مسلم عن حماد بن زيد عن هشام بن سرحان عن ابن سيرين " .

أنظر في هذا : الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٣٦٧ وأنظر - التلمس - تبليغ الحقائق شرح كثر الدقائق ج / ٥ / ١٩٢ / ١٩٣ =

ونوقش هذا الدليل : بان عثمان رضى الله عنه لم يحجر على عبدالله بن جعفر حينما طلب علي منه ذلك ، فلو كان الصحابة رضى الله عليهم مجتمعين على مشروعية الحجر على المضيح لماله لحجر عثمان عليه ، ولمحاول عبدالله بن جعفر دفع ذلك بمماثلة الزبير ، (١)

ويمكن ان يجاب عن هذه المناقشة : بان عدم حجر عثمان على عبدالله بن جعفر ، لا يدل على انه لا يرى مشروعية الحجر على السفيه المضيح لماله ، وانما يدل على ان السفيه لم يتحقق في تصرف عبدالله ابن جعفر عنده .

وبدل لهذا الامر ، ان عثمان رضى الله عنه لم يقل : كيف احجر على مسلم بالغ ، حتى يمكن ان يقال : بان الرشد لا يعتبر شرطاً لصحة التصرف عند عثمان رضى الله عنه ، وانما قال : كيف احجر على رجل شريك الزبير ، فكان قوله هذا نفياً للسفيه عن تصرف عبدالله بن جعفر ،

== (٣) ابن قدامه - المثنى ج / ٣٥٢/٤ ، السرخسي - المبسوط ج / ١٥٨/١٥٧/٢٤ ،

البيهقي - السنن الكبرى ج / ٦١/٦ ، الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٣٦٨/٣٦٧/٥ ، ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية ٩٧/ .

(١) ابن حزم - المحلى ج / ٢٩٢/٢٩١/٨ ، ابن الترمذى - الجوهر النقى على البيهقي ج / ٦٢/٦ ، النجاشي - تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج / ١٩٤/٥ ، الشوكاني - نيل الاوطار ج / ٣٦٨/٣٦٧/٥ ، ابن حميد - القيد الواردة على استعمال الملكية ٩٩/٩٨/٩٧/٩٧ .

لما عرف به النير من الكياسة في التجارة ، لا دليلا على ان عثمان لا يرى
الحجر على السفينة . (١)

هذه اهم ادلة الفريقين في هذه المسألة ، والذي يظن
من خلال استمرار ادلة الجمهور ان الراجح فيما ذهبوا اليه ، وعليه فان
رشد المحجور عليه بسبب السفه شرط لصحة تبرعه ، سواء كان التبرع
عارية او غيره ، ومتى تخلف هذا الشرط فالعقد فاسد لا اثر له .
والله تعالى اعلم .

(١) انظر المرحمين الاخيرين مع المراجع السابقة .

رابعاً : الاختيار

للاختيار عند الفقهاء معنيان :

المعنى الأول : ان الاختيار عبارة عن التمكن من ترجيح فمسل الشيء أو

تركه " (١)

والى هذا ذهب الاحناف فقالوا : " حقيقة الاختيار هو : القصد الى مقدور متردد بين الوجود والمعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر فان استقل الفاعل في قصده فاخياره صحيح ، والا فاسد " (١)

وعلى هذا فالاختيار عند الاحناف أعم من الرضا لأن الرضا : عبارة عن الرغبة في الفعل والاطمئنان اليه والارتياح له ، ولا يلزم من قيام الانسان بالفعل مختاراً ، أى متمكناً من عدمه ، أن يكون راغباً فيه مرتاحاً له ، كمن يقاتل دفاعاً عن نفسه لا رغبة في القتال . وعلى هذا فوجود الاختيار عند الاحناف لا يستلزم وجود الرضا ، الا أن وجود الرضا عندهم يستلزم وجود الاختيار .

المعنى الثاني : ان الاختيار عبارة عن القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح .

وعلى هذا المعنى ، فالرضا والاختيار متلازمان ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن الرضا كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار .

١ - الزرقا - المدخل الفقهي العام ج ١ / ٣٦٦ ، فقرة رقم (١٨٤)

٢ - صدور الشريعة - التوضيح في شرح التنقيح ج ٢ / ١٩٦ ، وانظر - علاء الدين البخاري - كشف الاسرار عن أصول البزدوى ج ٤ / ٣٨٣ ، الخضرى - أصول

والذي يفهم من كلام جمهور الفقهاء، من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة
الزبدية وابن حزم الاندلسي انهم يقصدون بالاختيار هذا المعنى. (١) بدليل
 أنهم قد جعلوا الاختيار في مقابلة الاكراه، وفهم من هذا، ان المكروه عندهم
 لا اختيار له، خلافا للاحناف، القائلين بأن الاكراه يعدم الرضا دون الاختيار. وعلى
 هذا فلا يتأتى لنا أن نقول بأن الاختيار لا وجود له مع الاكراه الا اذا كان معناه
 ما أسلفنا، من أنه القصد الى فعل الشيء، عن رغبة وارتياح. (٢)
 واذا تبين بهذا معنى الاختيار عند الفقهاء، فلا يخفى حيث قد ان وجود
 الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح عند الحنفية يستلزم وجود الاختيار
 بمعنى التمكن من ترجيح فعل الشيء على تركه.

واذا كان الامر كذلك، فهل يعتبر الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح
 شرطا لصحة عقد المارية أم لا.

الواقع أن للفقهاء في ذلك تفصيلا، سأحاول بيانه فيما يلي :-

أولا :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، والامام أبو حنيفة،

- ١ - الدردير - الشرح الصغير ج / ٢٩٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
 ج / ٨٧/٤، الشربيني - الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع ومعه حاشية البيهقي
 ج / ١٣٢/٣، البيهقي - منتهى الارادات ج / ١٤١/٢، المرتضى - البحر الزخار
 الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ٢٩١/٢٩٢، ابن حزم - المحلى ج / ٣٢٩/٨
 مسألة رقم (١٤٠٣) البيهقي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ١٤٩/٣
 ج / ٦٢/٤.

٢ - المراجع السابقة.

وصاحبه أبو يوسف ومحمد ابن الحسن ، والشيمعة الزيدية ، وابن حزم الظاهري ، السى
أن الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة وارتياح شرط لصحة عقد المارية . (١)
الا أنهم اختلفوا فى حكم المقدع عند تخلف هذا الشرط بالاكراه ، هل يعتبر حينئذ
عقدا باطلا لا أثر له ، أم يعتبر فاسدا يثبت به الملك بالقبض ، ولهم فى ذلك قولان :

١ - انظر المراجع السابقة ، وانظر أيضا ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٩ / ١٥٥ / ١٩٦ ،
الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ١ / ٤٥٠٣ ، حاشية الرملى أسنى
المطالب شئى ورضى الدالب ج ٢ / ٦ ، السيد البكرى - فتح المصين مع اعانه
الطالبين ج ٣ / ٧٢ ، الانصارى - تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوى ج ٢ / ٣٩١ ،
ابن حزم - المحلى ج ٨ / ٣٢٩ مسألة رقم " ١٤٠٣ " ، المرتضى - البحر الزخار
الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٦ / ١٠٠ ، ولعل مما يحسن التنبيه اليه أمران :-

الأمر الأول : ان الاختيار بهذا المعنى وان اعتبره المالكية شرطا لصحة عقد
التبرعات الا أن ذلك غير مطرد عندهم فى جميع العقود ، فعقود المعاوضات صحيحة
عندهم خلافا للمجهور الا أنها غير لازمة ، ولا تلزم الا بالابتداء من المكره بعد زوال
الاكراه عنه ، ومعنى هذا أن الاختيار بمعنى القصد الى الفعل عن رغبة ورضا وارتياح
شرط للزوم عقود المعاوضات . لا شرط لصحتها .

ولملمهم انما فرقوا بين عقود التبرعات والمعاوضات فى ذلك نظرا الى أن عقود
التبرعات اتفاق للمال بدون عوض وانفاقه على هذا الوجه مضرة محضة ، على صاحب
المال فى ماله ، فاحتمال أن يكون المقدع فى صالح المكره على التبرع أمر مستبعد ، واذا
انتفى هذا الاحتمال ، فلا معنى للحقوق الاجازة لهذا المقدع .

بخلاف عقد المعاوضة ، فانه لما كان مترددا بين مصلحة العاقد وعدمها صح العقد

وتوقف لزومه على أجازته بعد زوال الإكراه عنه ، إذ ربما كان العقد نقي صالح المكره ، وفي وقوع العقد باطلا تنويت لهذه المصلحة .

أما في عقود التبرعات فلا يرد مثل هذا الاحتمال لتحض مضرتها على مال المتبرع . ومن هنا ، قال المالكية يصح بيع الفضولي دون تبرعه معلنين لذلك بمثل هذا التعليل حيث قال الصاوي : فهبة الفضولي وصدقته باطلة بخلافه فانه صحيح وان كان غير لازم . . . والفرق بين بيع الفضولي وهبته أن يبيعه في نظير عرض يعود على المالك بخلاف هبته وصدقته وكل ما ليس فيه معاوضة كعتقه ووقفه ، فلا تصح هذه الاشياء ولو أجازها المالك " انظر : الصاوي - بلفظة السالك لاقرب المسالك ج ٢ / ٣١٣ .

الأمر الثاني :

ان عقد العارية عند الشافعية قد يعتبر صحيحا مع الإكراه وذلك عندما يكون الإكراه عليه بحق أي كان تكون الاعارة واجبة على المميز لمن تأكد اضطراره اليها ، فإذا امتنع عن الاعارة أجبر عليها ويكون العقد صحيحا لو جوب انجاد المضطر .

وإذا أكره المميز على الاعارة فهل تجب أجرة المثل : قولان عند الشافعية أظهرهما وجوب الأجرة جمعا بين الحقين .

ولم أجد لغير الشافعية من الفقهاء نصا صريحا في هذه المسألة ، إلا أنه قد سبق أن أن العارية عند جمهور الفقهاء ، قد يعرض لها ما يجعلها واجبة ، ومن هنا فلا يبعد أن يكون الأمر عندهم في هذه المسألة كالأمر عند الشافعية ، لأن من ترك واجبا بدون عذر . . . وجب إجباره على الاتيان به في الجملة ، كما هو مسلم به عند عامة المسلمين .

انظر : حاشية البيهقي ج ٣ / ١٢٩ حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ / ٤٥٢ / ٥٣
٤٥٣ حاشية الشرنقاوي على تحفة الطالب ج ٢ / ٩١ / ٩٠ ، وانظر : ص من هذه الرسالة .

القول الأول : ان عقد العارية مع الاكراه عقد باطل ^{بطل} لا أثر له .

والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وابن عزم الظاهري والشيعة الزيدية . (١)

القول الثاني : ان التصرف الذى يحتل الفسخ تصرف يقسده الاكراه ولا يبطله ، فاذا

كان هذا التصرف عقدا فهو مع الاكراه عقد فاسد يثبت به الملك بالقبض ، ويصح بالاجازة من المكره بعد زوال الاكراه عنه . (٢) والى هذا ذهب الاحناف .

ولما كان عقد العارية مندرجا تحت ضابط ما يحتل الفسخ من التصرفات ، لتأثيره بالهزل وتوقفه على الرضا وكونه فوق هذا كله عقدا غير لازم ، فان انعدام الرضا فيه بسبب الاكراه مفسد له لا يبطل ، وعلى هذا فيمكن تصحيحه بالاجازة من المكره بعد زوال الاكراه عنه ، كما فى سائر التصرفات المحتملة للفسخ . (٣)

وهذا راجع الى الى أن الاحناف يفرقون بين الباطل والفاسد من العقود ، خلافا

للجمهور القائلين : بأن الفاسد مرادف لمعنى الباطل .

فالمعقد عند الاحناف ينقسم من حيث الصحة وعدمها الى ثلاثة أقسام :

صحيح وهو : ما شرع بأصله ووصفه .

وفاسد وهو : ما شرع بأصله دون وصفه

وباطل وهو : ما لم يشرع بأصله ولا وصفه .

(١) المراجع السابقة

(٢) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ١ / ٣ / ٤٥٠ ، الحصفى - الدر المختار

شرح تنوير الابصار ج ٥ / ٨١ / ٨٢ مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين .

(٣) المرجعين السابقين .

وقد سبق بيان ذلك بشئ^١ من التفصيل في الباب الأول . (١)

والقاعدة عند الاحناف ان العقد اذا كانت ماهيته وسائر مقوماته سالمة من الخلل ، دون الصفة الملازمة للعقد فاسد لا باطل ، وحكمه ان الملك يثبت بانشاءه على هذه الصفة بالتبض ، وان كان ملكا ناتجا عن عقد يجب فسخه وفقا للفساد .

وعقد المكره عقد صدر من أهله مضافا الى محله ، والرضا ، صفة ملازمة للعقد ، فلا يوجب تخلفه بطلان العقد ، وانما يوجب فساد . (٢)

ولقد سبق بيان بعض أدلتهم على ذلك عند الكلام على أقسام العقد في الباب الأول من هذه الرسالة ، ولقد ظهر لي هناك ، أن العقد اذا فقد صفته الملازمة له ، فهو عقد باطل لا أثر له ، فلا داعي لاعادة ذلك (٣)

ثانيا

ذهب الامام زفر من الاحناف الى أن تصرف المكره اذا كان تصرفا قابلا للفسخ فهو تصرف صحيح موقوف على اجازة المكره بعد زوال الاكراه عنه . (٤)

والدليل عنده على ذلك هو : نفاذ العقد باجازة المكره من المتعاقدين عند زوال الاكراه عنه ، وهذا دليل توقف العقد لفساده ، ان لو كان فاسدا لما صح بالاجازة ، لأن العقد الفاسد يفسخ فسخا ولا يجاز اجازة .

والذي عليه العمل عند الاحناف هو قول الامام أبي حنيفة وصاحبيه . لأن صحة

الاجازة التي اعتبرها الامام زفر علامة على أن العقد صحيح موقف لا فاسد ، انما جاز أن تلحق عقد المكره مع فساد ، عند الائمة الثلاثة : أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمد

بن الحسن ، لأن فساد ، لحق المبد فيزول هذا الفساد باجازته ورضاه ، اما ما عدا

١١ - انظر من هذه الرسالة

٢ - الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١ / ١٨٢ / ١٨٣

٣ - انظر من هذه الرسالة

٤ - الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ١ / ٤٥٠٣

عقد المكره فلا تلحقه الاجازة لأن فساده لحق الشريع من حرمة الرضا ونحو ذلك ،
فلا يزول برضا الصبي (١)

والذى يظهر لى ربحانه أن العقد مع الاكراه عقد باطل لا أثر له كما هو رأى
جمهور الفقهاء لما سبق فى الباب الأول (٢) ، ولما يأتى :-

١ - قال الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوه لا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل الا أن تكون تجاره عن تراضى منكم " (٣)
وقال تعالى : فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئاً مرثياً (٤)

حيث دلت الآية الأولى على أن الرضا شرط لصحة عقود المعاوضات ، وعلى هذا

فاشتراطه فى عقود التبرعات اولى بالاعتبار .

لان الرضا اذا كان شرطاً لصحة عقد المعاوضة مع ان كل واحد من المتعاقدين فيه ،
يخرج من ملكه مال ويدخل فيه عوض عنه ، فلان يعتبر شرط فى عقد التبرع ، وهو عقد
يخرج به المال من ملك المتبرع ولا يدخل فى مقابله ما يعوض عنه ، لاولى بالاعتبار واخرى .
اما الآية الثانية " فدللت على ان الرضا شرط لصحة تبرع الزوجة لزوجها بشىء
من صداقها حيث علق سبحانه وتعالى جواز الاكل من الصداق بطيب النفس تحليق
الجزاء بشرطه ، فقال : " فان طبن لكم - الآية " .

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

(٣) سورة النساء ، آية رقم (٢٩)

(٤) سورة النساء ، آية رقم (٤)

وإذا كان طيب النفس شرطاً لجواز الأكل من الصداق ، فذلك سائر التبرعات بالهبة المنصوصة التي دل عليها القرآن " . (١)

ويؤكد هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام : " لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه " . (٢)

حيث دل الحديث الشريف ، على ان الانسان مالم يأذن باستعمال ماله — او استهلاكه عن رها وارتياح تام ، فلا يحل ذلك .

ولما كان الإكراه معدوماً للرضا ، والرضا شرطاً لصحة العقد كما هو واضح من النصوص السابقة من الكتاب والسنة ، كان أكل مال الغير بواسطة الإكراه على التعاقد اكلاً للمال الباطل لعدم وجود الرضا ، وذلك منهي عنه شرعاً بما سبق من الكتاب والسنة ، والنهي عن الشيء لحينه او لصفته الملازمة له يقتضى البطلان ، كما سبق بيان ذلك ، وعلى هذا فيكون العقد مع الإكراه باطلاً لا اثر له . (٣)

(١) ابن تيمية — الفتاوى ج ١٥٥/٢٩ بتصرف .

(٢) " هذا الحديث رواه ابو يعلى وابو مرة من حديث ابي حمزة الرقاشي عن عمه ، وثقة ابو داود ، وضعفه ابن معين ، وله شاهد من حديث عمرو بن شيرين رواه احمد ورجاله ثقات ، وله شاهد آخر من حديث ابي حميد الساعدي رواه احمد والبراز ورجال الجميع رجال الصحيح " .

انظر : الهيئتي — مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ١٧٢/٤ ، السلقيني حاشية تحقيق المراد بان النهي يقتضى الفساد / ٢٠٥ ، الشوكاني — نيل الاوطار

من احاديث سيد الاخير ج ٦٢/٦ .

(٣) انظر : ص () من هذه الرسالة .

دل

خامسا : كون المعير مالكا لما يعيره او مختصا به او مأذونا له بالاغارة :
اختلف العلماء في اشتراط ملك المنفعة ، او الاختصاص بالحين المعارة ، او
الاذن من قبل المالك او المختص ، لصحة عقد المعارة ، ولهم في ذلك قولان :
القول الاول : يعتبر لصحة عقد المعارة ، ان يكون المعير مالكا لمنفعة المعارة
او مختصا بها ، او مأذونا له بالاغارة من قبل المالك او المختص ، فما لم يتوفر للمعير
احد هذه الامور فاعارته باطله .

والى هذا القول ، ذهب المالكية ، وهو اصح القولين عند الشافعية والحنابلة
واليه ذهب ابو ثور وابن المنذر ، وظاهر ما ذهب اليه الشيعة الزيدية . (١)

(١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٨٨ / ٣٨٩ / ٣٩٠ وانظر ايضا : حاشية
الدسوقي عليه وهي مذبوعة منه في كتاب واحد ، الفتاوى - الفواكه الدواني على
رسالة ابي زيد القيرواني ج ٢ / ٢٣٥ ، الرملی - غاية البيان شرح زيد ابن
رسلان / ٢١٤ ، النووي - المجموع شرح المذهب ج ٩ / ٢٦١ ، الانصارى - اسنى
المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٥ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع
ج ٤ / ٦٣ / ٧٢ ، ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٠ / ٥٧٧ ، المرتضى - البحر الزخار
الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٤ / ٢٩٢ ج ٥ / ١٢٦ .

ذكر الانصارى من الشافعية " انه يرد على قيد ملك المنفعة ، صحة اعارة الكلب
للصيد مع انه لا يملك وصحة اعارة الاضحية والهدى المنذورين مع خروجها عن ملك
المعير ، وصحة اعارة الامام مال بيت المال من ارض وغيرها ، مع انه ليس مالكا .
ويجاب عن ذلك : بان هذه الامور ليست عارية حقيقة بل شبهة بها ، وبانهم
ارادوا هنا ما يحرم الاختصاص بها والتصرف فيها ، لا بطريق الاباحة ، وطى هذا
لا يرد ما عليه العمل من اعارة الصوفي والفقير سكهما بالرباط والمدرسة وما نسى
مناهما ، انظر : الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٥ .

القول الثاني : لا يعتبر لصحة عقد الحارية ان يكون المعير مالكا لما يمسيره
ولا مختصا به ، ولا مأذونا له بالاعارة من المالك او المختص ، حيث تصح من
الفضولى ، وهو من يتصرف فى حق غيره بدون اذن شرعى ، وتعتبر موقوفة على
اجازة مالك المنفعة .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ، ^{فقد} فقا جاء فى تنوير الابصار : " من يتصرف
فى حق غيره بخير اذن شرعى ، كل تصرف صدر منه وله مجيز حال وقوعه ، انمقد
موقوفنا " . (١)

واعارة مال الخير بدون اذنه ، تصرف فى حق الخير بدون اذن شرعى ، فيدخل
تحت حكم ما جاء فى كتاب تنوير الابصار ، وعلى هذا ، فيكون انشاء الفضولى لحقنا
الحارية ، صحيحا موقوفا ، على اجازة المالك او المختص ، ويؤيد هذا ، ما جاء فى
حاشية ابن عابدين ، من قوله : " والظاهر من فروعه ان كل ما صح التوكيل به
ان اباشره الفضولى ، يتوقف " (٢) والاعارة يصح التوكيل بها عندهم ، وعند
جماهير الفقهاء بلا خلاف اعلمه . (٣)

والى اعتبار العقد موقوفا فى هذه المسألة ، ذهب الشافعية ، والحنابلة
ايضا ، على احد القولين عندهم ، الا انه قول مرجوح ، والراجح ما سبق قبل قليل .

(١) التمرناشى - تنوير الابصار وجامع البحار ج ٤ / ١٣٥ مابوع مع شرحه
الدر المختار وحاشية ابن عابدين على الشرح المذكور .

(٢) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج ٤ / ١٣٥ .

(٣) الميدانى - اللباب فى شرح الكتاب ج ٢ / ١٣٨ .

والى هذا القول ايضا ، ذهب المالكية فى عقود المعارضات دون التبرعات (١) ولقد سبق قبل قليل بيان وجه تفريقهم بين المعارضات والتبرعات فى ذلك . (٢)

والاصل عند الاحناف ومن معهم فى صحة عقد الفضولى : " ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، انه دفع ديناراً الى حكيم ابن حزام رضى الله عنه ، وامره ان يشتري له اضية ، فاشترى شاتين ثم باع احدهما ، وجاء بدينار وشاة الى النبى صلى الله عليه وسلم ، فدعا له بالبركة فقال عليه الصلاة والسلام : بارك الله فى صفقة يمينك " . (٣)

(١) النووى - المجموع شرح المذهب ج / ٩ / ٢٥٩ ، ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٠ / ٥٧٧ ، الصاوى - بلغة السالك لا قرب المسالك ج / ٢ / ٣١٣ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٨٨ / ٣٨٩ / ٣٩٠ .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

(٣) هذا الحديث رواه الترمذى وقال : لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب ابن ابى ثابت لم يسمع عندي من حكيم ولا بى داود نحوه من حديث ابى حصين عن شيوخ من اهل المدينة عن حكيم .

وعلى هذا فحديث الترمذى منقطع الاسناد لعدم سماع حبيب من حكيم ، وامما حديث ابو داود ، ففى اسناده مجهول .

وروى فى الباب حديث اخر عن عروة ابن ابى الجعد البارقى رضى الله عنه ، وقد نسبت القصة فى هذا الحديث الى الحكيم بن حزام ، وروى هذا الحديث احمد وابو داود والترمذى وابن ماجه وفى اسناده سعيد بن زيد ، وهو اخو حماد وقد اختلف فيه عن ابى لميد لمارة بن زيار ، وقيل انه مجهول ، الا ان الحافظ قال : وثقة ابن سعد وقال حرب : سمعت احمد يثنى عليه ، وقال فى التقريب انه ناصب جلد ، قال المنذرى

يثنى

فحكيم بن حزام ، لم يكن مأثور بشراً الشاة الثانية ولا ببيعتها ، ولو لم يتمقد تصرفه لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، ولا نكر عليه لان الباطل ينكسر ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم ، اقره على ذلك ، ودعى له بالخير والبركة فدل هذا الامر على صحة المقعد . (١)

ولما استقر هذا الحكم عندهم في البيح ، عدوه الى سائر التصرفات " التي تقبل الانابة " في حق الغير بدون اذن شرعى ، اذا كان لها مجيز حال التصرف ولا فرق فلكها تصرفات في حقوق تقبل الانابة ولها من يجيزها ، ويدل لذلك ما سبق قبل قليل عن الثمرتاشي وابن عابد بن . (٢)

===== والنووى ، اسناده صحيح لمجيئه من وجهين . وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينه ، عن شبيب بن غرقد ، سمعت الحى يحدثون عن عروة ، ورواه الشافعى عن ابن عيينه ، وقال : ان صح قلت به ونقل المزنى عنه انه ليس بثابت عنده ، قال البيهقى انما ضعفه لان الحى غير معروفين وقال في موضع آخر هو مرسل لان شبيب بن غرقد لم يسمعه من عروة ، وانما سمعه من الحى ، قال الرافعى هو مرسل ، قال الحافظ : الصواب انه متصل في اسناده مهيم ، وقال الخطائى : ان الخبرين معا غير متصلين لان فى احدهما وهو خبر حكيم رجلا مجهولا لا يدري من هو ، وفى خبر عروة : ان الحى حدثوه ، وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقسم به الحجة " ، الشوكانى — نيل الاوطار ج ٦/٥/٦ بتصرف يسير .

(١) الكاسانى — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٦/٣٠٢٠/٣٠٢٦ .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

ويمكن ان يجاب عن هذا الاستدلال بما جاب به الشافعية حيث قال ففى
المجموع : " واما حديث حكيم ، فاجاب اصحابنا عنه بجوابين ؛
احدهما ؛ انه حديث ضعيف اما اسناد رابى داود ففيه شخص مجهول ، واما
اسناد الترمذى ففيه انتداع بين حديث ابى ثابت وحكيم بن حزام .

والجواب الثانى ؛ على فرض ان الحديث صحيح ، فهو محمول على انه كان
وكيلا للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة ، يدل عليه ؛ انه باع الشاة وسلمها
واشترى ، وعند المخالف لا يجوز التسليم ؛ الا باذن مالكها ، ولا يجوز عند ابى
حنيفة شراء الثانية موقوفا على الاجازة ، (١) .

وعلى ان لو سلمنا ، بان عقود المعاوضات هنا صحيحة موقوفة على اجازة المالك
لا نسلم ذلك على عقود التبرعات ، ومنها المارية كما هو رأى المالكية ، لان عقود
المعاوضات اذا جاز لنا ، ان نقول بانها صحيحة موقوفة عند تخلف شرط الملك ،
فذلك لاحتمال ان يكون العقد فى صالح المالك ، فيجيزه ، او غير ذلك فلا يجيزه .
اما عقود التبرعات فانفاق للمال بدون عوض ، وانفاقه على هذا الوجه مضرة
محضة على صاحب المال فى ماله ، فاحتمال ان يكون العقد فى صالحه امر مستبعد
وانا انتفى هذا الاحتمال فلا فائدة من اعتبار عقد التبرع هنا عقدا صحيحا موقوفا
على اجازة المالك . (٢)

(١) النووى - المجموع شرح المذهب ج / ٩ / ٢٩٣ بشىء من التصرف .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج / ٣ / ٣٨٨ / ٣٨٩ ، الصاوى

بلغة المسالك لا قرب المسالك الى مذاهب الامام مالك ج / ٢ / ٣١٣ .

ومن هنا فالذى يظهر لى رجحانه ، ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة فـسـى
اصح الروايتين عنهم والمالكية فى عقود التبرعات .

وذلك نظرا لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : " لا طلاق الا فيما
تملك ، ولا عتق الا فيما تملك ، ولا بيع الا فيما تملك ، ولا وفاء ندرالا فيما تملك " (١)
وقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : " لا تبيع ما ليس عندك " (٢) " الى ما لا
تملك لانه ، ذكر جوابا له حين سأل ، انه يبيع الشئ " ، ثم يعضى فيشره ويسلمه (٣)

(١) قال النووى فى تخريج هذا الحديث : " حديث حسن او صحيح ، رواه ابو
داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة باسانيد حسنة ، ومجموعها يرتفع
عن كونه حسنا ويقتضى انه صحيح ، وقال الترمذى : هو حديث حسن .

وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده : " ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسل
عتاب بن اسيد الى اهل مكة ان يملفهم على اربع خصال : انه لا يبيع شرطان فـى
بيع ، ولا يبيع وسلف ولا تبيع ما لا تملك ، ولا يبيع ما لا تضمن " رواه الترمذى والنسائى
وابن ماجه باسانيد صحيحة ، " النووى - المجموع شرح المذهب ج ١ / ٢٦٣ ،
الشوكانى - نيل الاوارار ج ٥ / ٢٥٣

(٢) هذا الحديث ، أخرجه الخمسة ، وابن حبان فى صحيحه ، وقال الترمذى
حسن صحيح ، وقد روى من غير وجه عن حكيم - وفى بعض طريقه عبد الله بن عصمه
زعم عبد الحق انه ضعيف ، ولم يتمقبه ابن القطان بل نقل عن ابن حزم انه مجهول
قال الحافظ : وهو خرج مردود ، قد روى عنه ذلك ثلاثة كما فى التلخيص وقد
احتج به النسائى " الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٥ / ٢٥٢

• ٢٥٣ /

(٣) ابن قدامة - المبنى ج ٤ / ١٥٥ .

وقد ذل الحديثان السابقان على عدم صحة التصرف فيما لا ملك للانسان فيه حيث نفى في الحديث الاول وقوع التصرف فيما لا يملكه الانسان ، ونفى في الحديث الثاني ^{عن التصرف} فيما لا يملكه الانسان ، ونفى وقوع التصرف والنهي عنه ، دليل على عدم صحته عند عدم توفر شرط الملك للمتصرف .

والحديثان وان كانا نصا في نوع معين من التصرفات ، الا ان هذا الحكم لما نص عليه في تصرفات قولية تقبل الانابة ، جازان يطرد في جميع العقود التي تقبلها ومنها عقد الحارية ، كما صرح بذلك الشافعية ، والحنابلة . (١)

وعلى هذا فما لم يكن المميز مالكا للمعين المحارة او مالكا لمتفتتها ، او مختصا بالمعين ، او مأذون له بالاغارة من المالك او المختص ، فالحارية حنفية باطلية لا أثر لها . والله تعالى أعلم .

سادسا : كون المميز حرا ، او مأذونا بالاغارة :

سبق ان الفقهاء في اشتراط الملك ، فريقان :

فريق يرى : ان ملك المميز للمعين المحارة او لمتفتتها او اختصاصه بالمعين او الاذن من المالك او المختص شرط لصحة عقد الحارية .

والفريق الثاني : لا يرى ذلك شرطا لصحتها ، حيث اعتبر الاعارة من الفضولي صحيحة موقوفة على اجازة المالك . (٢)

(١) النووى - المجموع شرح المذهب ج ٩ / ٢٥٩ / ٢٦٠ / ٢٦١ ، ابن تيمية - الفتاوى ج ٢٠ / ٥٧٧ .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

وعلى هذا ، فالفرق الاول : يرى ان المعير اذا لم يكن حراً ، او مأذوناً له
بالاعارة من قبل سيده ، فالعارية غير صحيحة ، وذلك نظراً لما استقر عندهم من
اشتراط الملك او الاذن من المالك لصحة التصرف المالى ، والعبد المحجور عليه
اذا تصرف بالاعارة ، فانما يتصرف فى ملك غيره ، اذ هو وملك لسيده ، فلا يصح
تصرفه كالفضولي .

والى هذا ذهب المالكية والشافعية ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة
وابو ثور وابن المنذر والشيعة الزيدية . (١)

واما الفرق الثانى : فظاهر ما ذهبوا اليه ، ان اعارة العبد المحجور عليه
عندهم ، صحيحة موقوفة وذلك نظراً لما استقر عندهم من عدم اشتراط الملك
او الاذن من المالك لصحة التصرف المالى .

ولما كان العبد المحجور عليه ، اذا تصرف فى مال سيده ، فانما يتصرف فى
مال غيره بدون اذنه اذ هو وملك لسيده كان تصرفه فيما يظهر ، كتصرف الفضولى
بجمع ان كل واحد منهما يتصرف فى ملك غيره بدون اذنه او ولاية ، وعلى هذا

(١) محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٨٧ ،
الاردبيلي - الانوار لاعمال الابراج / ١ / ٥١٩ ، النووى - المجموع شرح المذهب
ج / ٩ / ٢٥٩ / ٢٦٠ / ٢٦١ ، المبهوتى - كشاف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٦٣ ،
ج / ٣ / ٤٥٨ ، ابن قدامة - المئني ج / ٥ / ١٦٦ ، ج / ٤ / ١٥٤ / ١٥٥ / ١٨٧ ،
المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ٤ / ٢٩٢ .

يعتبر تصرف المبد حنفى صحيحا موقوفا على اجازة السيد ، كالفضولى ، وهذا
ظاهرا ما ذهب اليه الاحناف . (١)

ولقد سبق ان اشرت الى بعض ادلة الفريقين ، عند الكلام على اشتراط الطمس
وبينت ان الراجح فيما ظهر لى : عدم صحة عقد الحارية ، اذا كان المير غير
مالك للمين المحارة او مالكا لمنفعتها ، او مختصا بالمين ، او مأذونا له
بذلك . (٢)

ولهذا ، فالذى يظهر لى هنا ، عدم صحة اعارة المبد مالم ياذن له بذلك
سيده ، لعدم ملكيته لما يعير ، فصار كالفضولى فى عدم صحة ما ينشؤه من عقود .
وانا تبين هذا ، فان الفريقين السابقين من الفقهاء ، وان اتفقوا على صحة
اعارة المبد باذن سيده ، الا انهم اختلفوا فى اعارة المبد المأذون له فى التجارة
هل تصح منه الاعارة بمجرد الاذن له بالتجارة ، ام لاتصح منه الا باذن خاص
بالاعارة .

الواقع ، ان للفقهاء فى ذلك قولين :

القول الاول : لاتصح الاعارة من المبد بمجرد الاذن له بالتجارة ، ولا فرق فى
ذلك بين ما قل او كثر عرفا ، بل لابد من اذن السيد له بخصوص الاعارة .

(١) التمر تاشى - تنوير الابصار وجامع البحار ج ١٣٥/٤ - ملبوع مع شرحه
الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، الزيلعى - تبين الحقائق شرح كثر الدقائق
ج ١٩١/٥ .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الشافعية ، واليه ذهب بعض المالكية ، كعبد الرحمن بن القاسم والدسوقي ، وهو ظاهر قول الامام مالك ، وبه قال صاحب النهاية ووصفه بأنه الاظهر . (١)

القول الثاني : تصح اعادة المبد المأذون له بالتجارة ، لما قل عرفا ، استئلفا للتجارة وان لم يأذن له سيده صراحة ، لان الاعارة من توابع التجارة فيملكها بالاذن له في التجارة .

والى هذا القول ، ذهب الاحناف والحنابلة ، وبعض المالكية ، ومنهم الدردير والخرشي . (٢)

- (١) حاشية الشرقاوى على تحفه الطلاب ج/ ١١/٢ ، الرافعى - فتح المميز شرح الوجيز ج/ ١٢٣/٩ ، الامام مالك - المدونة ج/ ١٢٠/٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج/ ٢٧٤/٣ ، البهوتى - كشاف القناع عن متين الاقتناع ج/ ٤٦٠/٣ . ابن قدامة - المغنى ج/ ٥١/٦ .
- (٢) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج/ ٣٨٩٨/٨ ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح كثر الدقائق ج/ ١٠٦/٨ ، محمد آل حسين - الزوائد ج/ ٤٥٠/١ ، البهوتى - شرح منتهى الارادات ج/ ٢٩٩/٢ ، الروض المربع ج/ ١٩٢/٢ كشاف القناع عن متن الاقتناع ج/ ٤٦٠/٣ ، ابى البركات - المحرر ج/ ٣٤٨/١ .

الدردير - الشرح الصغير ومعه بلغة السالك ج/ ٢٠٥/٢ ، شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج/ ١٢١/٦ .

والراجع فيما يظهر لى هو القول الاول ، وذلك نظرا ، الى ان صحة التبرع
تعمد الملك والمعد لا يملك شيئا ، فاذا تبرع ^{معد} من مال سيده ، وفى اعتبار تبرعه
صحيا اضرار بالسيد من جهة ، ومخالفة لما استقر ، من اشتراط الملك لصحة
التبرع من جهة اخرى .

والعارية نوع من انواع التبرع ، ولم تصح من المأذون له بالتجارة ككأحه . (١)
ثم ان المأذون له بالتجارة انما يحق له ان يتصرف فى حدود ما اذن له فيها
وهو التجارة فقط اما التبرع فليس من التجارة ، ولا يحتاج اليه كثير المأذون سواء
اكان تبرعا بالمنفعة او الصين . (٢)
والله تعالى اعلم .

سابقا : كون الميعر صحيا عند اعارته لما هو اكثر من ثلث ماله :

اذا كانت قيمة منافع الصين المعارة اكثر من ثلث مال الميعر ، فهل يشترط لصحة
اعارة الزائد عن الثلث ، ان لا يكون الميعر مريضا مرض الموت ، ام ان ذلك لا يعتبر
شرطا لصحة اعارة فيما زاد .

بمضى

- (١) حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ١/٢ ، الرافعى - فتح العزيز
شرح الوجيز ج ١/٢٣ ، الامام مالك - المدونة ج ١/٢٧٠/١٧١ ، حاشية
الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣/٢٧٤ ، البهوتى - كشاف القناع عن مقنن
الافتاع ج ٣/٤٦٠ ، ابن قدامة - المغنى ج ١/٦٥١ .
(٢) المراجع السابقة .

بموت هذا الميراث
عنه لزوم العارضة
واللازم - بموت الميراث

الواقع ان الفقهاء اختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال :

القول الاول : ان اعارة المريض مرض الموت تخرج من ثلث ماله ، وما زاد على الثلث فموقوف على اجازة الورثة ، وعلى هذا فلا يشترط لصحة الاعارة في الزائد عن الثلث ، ان لا يكون الميراث مريضاً مرض الموت ، بل يعتبر ما زاد صحيحاً موقوفاً على اجازة الورثة .

والى هذا القول ذهب الشافعية في احد القولين عنهم ، وهو ظاهر مذهب اليه الحنابلة . (١)

القول الثاني : ان اعارة المريض مرض الموت تخرج من جميع ماله ، وبنا على هذا ، فلا يشترط في صحة اعارة ما زاد عن الثلث ، ولا في نفاذها ، ان لا يكون الميراث مريضاً مرض الموت ، حيث يعتبر عقد العارية فيما زاد على الثلث صحيحاً نافذاً .

والى هذا القول ، ذهب الاحناف (٢) ، وذلك نظراً الى ان المنافع لا تعتبر اموالاً مقومة الا ضمن عقد الايجار " لان صفة المالية للشيء " انما تثبت بالتسول والتمول صيانة الشيء " وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع وان امكن الانتفاع بها

- (١) الانصارى - شرح المنهج ومعه حاشية الجمل ج / ٤ / ٥٣ ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابوار ج / ٢ / ٢٨ ، الشيرازي - المذهب ج / ١ / ٤٥٧ ، حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٧٦ ، ابو البركات - المحرر ج / ١ / ٣٧٢ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٣٢٣ / ٣٢٨ / ٣٣٩ / ٣٤٠ .
- (٢) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٢٣٤ ، ابن نجيم - الاشياء والنظائر ٢٩٤ ، السرخي - المنوط ج / ١١ / ٧٩ .

لكونها مما لا يمكن حيازته ، لانها اعراض تتجدد بتجدد اوقاتها ، وتحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان فلما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول " (١) وانذا لم تعتبر المنافع اموالا ، فلا تعلق لحق الزمراء والورثة بها ، لان حق الزمراء والورثة انما يتعلق بالاموال دون غيرها وعلى هذا فاعارة ما زاد على الثلث ، صحيح نافذ من جميع المال ، لعدم تعلق حق الورثة به . (٢)

~~القول الثالث~~ : ان اعارة المريض مرض الموت تخرج من ثلث ماله ، وما زاد على الثلث فباطل وعلى هذا فيشترط لصحة الاعارة في الزائد عن الثلث ، ان لا يكون المير مريضا مرض الموت ، والى هذا القول ذهب المالكية ، وهو ظاهر احد القولين عند الشافعية . (٣)

(١) انظر المراجع السابقة ، وانظر ، سليمان محمد - ضمان المتلفات فنى الفقه الاسلامى ، ج ١/٦١ ، السرخى - الميسوط ج ١١/٧٩ ، بشىء من التصرف .

(٢) المراجع السابقة ، وانظر ، الخفيف - المنافع / ١١٢ ، الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ٩٣/٩٤ .

(٣) حاشية الحدوى على شرح الخرشي ج ٦/١٢١ مطبوع بهامش شرح الخرشي على مختصر خليل ، الشيرازى - المذهب ج ١/٥٧٢ ، حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ٢/٧٦ .

وذلك نظرا الى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعد بن ابى وقاص عن الوصية بما زاد على الثلث (١) ، والنهي يقتضى الفساد ، والتبرع فى مرض الموت

يأخذ حكم الوصية فيما زاد على الثلث عند جمهور الفقهاء . (٢)

ولحل المراجع من هذه الاقوال الثلاثة القول الاول ، أى ان عقد العارية ممن

المريض مرض الموت صحيح فيما زاد عن الثلث الا انه موقوف على اجازة الورثة .

وذلك ان تصرف المريض بالاعارة تصرف صدر من اهله فى محله وانما منح ممن

التبرع بالزائد عن الثلث لتملك حق الورثة فى مله وليس فى الحكم بصحة تصرفه

انماة لحقهم طالما انه موقوف على اجازتهم قياسا على بيع ما ثبت فيه حق الشفعة (٣) .

(١) قال الزيلعى فى تخريج هذا الحديث : " أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن سعد بن ابى وقاص قال : قلت : يا رسول الله ، ان لى مالا كثيرا ، وانما ترثنى ابنتى أأوصى بمالى كله ؟ قال : لا ، قال : فبالثلثين ؟ قال : لا ، قال : فبالثلث ؟ قال : لا ، قال : فبالثلث قال : فبالثلث كثير ، ان صدقتك من مالك صدقة ، وان نفقتك على عيالك صدقة وان ما تاكل امراتك من مالك صدقة ، وانك ان تدع اهلك بخير او قال بمش خير من ان تدعهم يتكفون الناس ، اذ يلقظ مسلم ورواه البخارى فى سبعة مواضع من كتابه منها كتاب المغازى والفرائض والوصايا " .

انظر — الزيلعى — نصب الراية لأحاديث الهداية ج / ٤ / ٤٠١ .

(٢) الشيرازى — المذهب ج / ١ / ٤٥٧ ، حاشية الشيرازى ج / ٢ / ٧٦ ، البهوتى

— كشف القناع عن متن الاقتاع ج / ٤ / ٣٢٣ / ٣٢٨ ، الزيلعى — تبين الحقائق

ج / ٦ / ١٩٦ .

(٣) الشيرازى — المذهب ج / ١ / ٤٥٧ ، البهوتى — كشف القناع عن متن

الاقتاع ج / ٤ / ٣٢٢ / ٣٢٣ / ٣٢٤ / ٣٢٨ / ٣٣٩ / ٣٤٠ .

ونهى النبي صلى الله عليه وسلم لسعد عن التبرع بما زاد على الثلث انما هو
 لحق الورثة ، بدليل ما جاء في اخر الحديث ، " انك ان تذر ورثتك اغنيا ، خير من
 ان تدعهم يتكفون الناس " وما كان كذلك ، فهو صحيح موقوف على اجازة الورثة
 قياسا على الوصية لوارث ، فان النهى فيها ايضا انما كان مراعاة لحق الورثة ، وقد
 جعلها النبي صلى الله عليه وسلم موقوفة على اجازتهم حيث قال : " لا وصية لسوارث
الا ان تجيز الورثة " . (١)

(١) المرجعين السابقين .

وهذا الحديث اخرجه الدارقطني في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه
 عن جده وفي سننه ، سهل بن عمار ، كذبه الحاكم .
 واخرجه ابن عدى في الكامل ، عن حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن ابيه
 عن جده الا انه لم يذكر فيه : " الا ان تجيز الورثة " ولين حبيبا هذا ، وقال ارجو
 انه مستقيم الرواية .

ولهذا الحديث شاهد اخرجه الدارقطني ايضا في سننه في الفرائض ، عن
 يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
 لا تجوز الوصية لوارث الا ان يشاء الورثة ، قال ابن القطان : . ويونس بن راشد
 قاضي غراسان قال ابو زرع : لا باس به ، وقال البخاري : كان مرجئا ، اهـ وكان
 الحديث عنده حسن ، واخرجه الدارقطني ايضا عن عطاء عن ابن عباس مرفوعا ، وعطاء
 الشراساني لم يدرك ابن عباس قال عبد الحق في احكامه : وقد وصله يونس بن راشد
 فرواه عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس .

انظر : الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ٤٠٤ .

والذى يظهر ان المنفعة مال متقوم ، كما هو رأى الجمهور خلافا للاحناف
 " لان اطلاق لفظ المال عليها احق من اطلاقه على العين ، لانها لا تسمى مالا
 الا باشتغالها على المنافع ، ولا تقصد وتقوم الا لها ، ولذلك لا يصح بيع العين
 بدون المنفعة وفي اجازة الشريعة - لعقد الاجارة ، دليل بان المنفعة
 موجودة متقومة فى ذاتها ، فيدفع فى مقابلتها الاجر كما يدفع الثمن فى مقابلة
 العين فى عقد البيع . (١)

وقال فضيلة الشيخ على الخفيف : " وفى رأى ان التاريف الشرعية يجب ان
 تستنبط من الاحكام التى جاء بها الشرع ، وليس فيما جاء عن الشارع حكم يقتضى
 ان المنافع غير متقومة او انها ليست بمال ، فكان لذلك تصرف الشافعية للمال بما
 لا يقتضى ان تتوافر الحيابة فيه ، اصح وادق ، وكان لذلك شاملا للمنافع ومتفقا
 مع جميع الاحكام . " (٢) ا هـ

وهذا نصل الى ان المريض مرض الموت متى اعار عينا قيمة منافعتها اكثر من ثلث
 ماله ، صح ونفذ ما كان فى حدود الثلث ، واما الزائد فموقوف على اجازة الورثة
 لتملق حقهم به ، وعلى هذا يشترط لصحة اعادة ما زاد عن الثلث : ان لا يكون
 المعير مريضا مرض الموت ، بل يعتبر صحيحا موقوفا على اجازة الورثة . والله
 تعالى اعلم .

(١) سليمان محمد - ضماز المطلقات فى الفقه الاسلامى ج ١ / ٦٢ ، الزنجانى
 - تخرىج الفروع على الاصول / ١١١ .
 (٢) على الخفيف - المنافع / ١٠٥ .

د

ثامنا : عدم الحجز على المغير بسبب الدين :

يطلق الحجز في اللغة العربية ويراد به المنع ، قال الفيروز باذى : الحجز
مثلثة المنع كالحجران : (١)

اما في اصطلاح الفقهاء " فقد اختلفت الاجتهادات المذهبية في تعريفه
فصرفه كل مذهب ، على حسب ما يدخل تحته في اجتهاده ، وما يخرج منه ، صورا
واشغاصا وان كانوا قد اتفقوا على انه : منع من التصرف في الامور المالية " (٢) .
ولقد اختلف الفقهاء في اشتراط عدم الحجز على المغير لصحة عقد المارية
ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : يشترط عدم الحجز على المغير بسبب الدين ليعتبر عقد المارية
صحيا ، ومعنى هذا ، ان المارية ^{عقد} مع الحجز على المغير ، باطل لا اثر له .
والى هذا القول ذهب المالكية ، والحنابلة ، وهو اصح القولين عند الشافعية (٣)

-
- (١) الفيروز باذى - التاموس المحيط ج ٢ / ٤ .
(٢) ابن حميد - القيود الواردة على استحصال الملكية / ٧٥ وانظر : الزيلعي
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ١٩٠ ، حدود ابن عرفة مع شرحها / ٣٣٣
الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤ / ٣٤٢ ، الجرجاني - التمرينات
٧٢ / .
(٣) محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ٣ / ٤٨٧ ،
الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج ١ / ٥١٩ ، ابن قدامة - المغنى ج ٤ /
٣٣٠ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ٤٢٣ ، البهوتي - منتهى
الارادات ج ٢ / ٣٩٢ .

القول الثاني : لا يشترط عدم الحجر على المميز بسبب الدين لصحة عقد الحارسة
وعلى هذا ، فالاعارة في هذه الحال صحيحة نافذة ، ولا يفتح فيها كون المميز
محجوز عليه بسبب الدين .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف سواء منهم القائلون بمشروعية الحجر على
المدين في ماله ، والقائلون منهم بعدم مشروعيتها . (١)

وذلك نظرا الى ان الحارسة تبرع بالمنفعة ، والمنافع لا تحتجب عند الاحناف
اموالا متقومة الا ضمن عقد الايجار كما سبق بيان ذلك قبل قليل (٢) ، وحقوق
الدائنين لا تتعلق الا باموال المدين دون غيرها .

ومن هنا فالذي يظهر ان عقد الحارسة من المحجوز عليه بسبب الدين ، عقد
صحيح نافذ عند الاحناف ، لتصرفه في منفعة العين دون ذاتها ، ولا حق للضمان
في المنفعة ، وذلك كصرف المريض مرض الموت في المنفعة ، حيث اجازوا له اعارة
ما زاد على الثلث لعدم مالية المنافع ، ولو كانت مالا لما جازت الا من الثلث لتعلق
حق الورثة بها حتف . (٣) حينئذ

(١) السرخي - المسوط ج/ ٧٩/ ١١ ، ابن نجيم - الاشباه والنظائر/ ٢٩٤ ،
ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج/ ٩٥/ ٥ ، الخفيف - احكام
اليعمال الشرعية / ٩٤/ ٩٣ الخفيف - المنافع / ١١٣/ ١١٢ ، ابن نجيم - البحر
الرائق ج/ ٩٤/ ٨ ، داماد افندي - مجمع الانهر ج/ ٤٥٢/ ٢ .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

القول الثالث : ان تصرف المحجوز عليه بسبب الدين صحيح موقوف على اجازة الفرما^١ وعلى هذا فلا يعتبر عدم الحجز شرطا لصحة التصرف ، وانما هو شرط لنفاذه فقط .
وظاهر هذا القول ان الحارية كذلك ، لانها تصرف في المال ، والى هذا ذهب الشيعة الزيدية وهو احد القولين عن الشافعية ، الا ان الاظهر عندهم خلافه . (١)

وما استدلوا به على ذلك بان المدين المحجوز عليه مكلف ، والحجز عليه انما كان لحق الفرما^٢ ، فلا يمنع صحة التصرف في المال ، اعتبارا بالمريض معرض الموت اذا تبرع بما يزيد على الثلث او تبرع لوارث ، حيث يصح التبرع ويبقى موقوفا على اجازة الورثة كما هو رأى الجمهور ولا فرق فكلاهما ممنوع من التصرف المالى لحق غيره . (٢)

ولعل الراجح في هذه المسألة ، ان عدم الحجز على المخير بسبب الدين شرط لصحة عقد الحارية ، فبدونه يعتبر المقدم باطلا لا اثر له ، كما هو القول الاول .

وذلك ، لان الحجز على المدين ، ثبت بحكم حاكم ، فلا يصح تبرعه بشئ من ماله كالتسفيه . (٣)

(١) المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٦ / ٩٠ الشيرازى

- المذهب ج ١ / ٣٢٨ .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٣٠ ، الشيرازى - المذهب ج ١ / ٣٢٨ .

"ويخالف الميراث الموت ، لان الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله الا بعد الموت

وههنا حقوق الخرماء تعلق بماله في الحال ، فلم يصح فيه كالمرهون". (١)
ولقد سبق ان اشرت ، ان الراجح الذي عليه جمهور الفقهاء ، كون المنافع
اموالا يمكن تقويمها سواء اكانت ضمن عقد الايجار او لم تكن ضمنه ، فلا داعى
لإعادة ذلك . (٢)

وانا ثبت هذا : فان عدم الحجر على الميراث بسبب الدين ، شرط لصحة
عقد الحارية ، فاذا تخلف هذا الشرط ، كان العقد باطلا لا اثر له ، والله اعلم .
وبانتهاء الكلام على هذا الشرط ، نأتى الى ختام البحث الاول من هذا
الفصل ، وقد كان فى الشروط المغيرة فى الميراث ، فارجوا ان اكون ممن وفق نفسى
دراسة مسائل هذا البحث ، والله المستعان ، والحمد لله رب العالمين .

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٣٣٠ .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

المبحث الثاني : الشروط المعتبرة في المستعير

يشترط في المستعير شروط متعددة ، يجب توافرها ليعتبر العقد صحيحا منتجا لاثره : وهو ملك المنفعة بخير عوض ، الا ان تلك الشروط منها ما هو متفق عليه بين جماهير الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه بينهم .

وما تجدر الاشارة اليه ، ان بعض الفقهاء اقتصروا على ذكر شرط واحد للمستعير فقد : وهو اهليته للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة (١) ، والبعض الاخر زاد شرطيا وهو : تعيين المستعير ، وآخرون ذكروا اكثر من ذلك ، فاشتراطوا في المستعير ان يكون عاقلا بالغاً راشدا علاوة على ما ذكره غيرهم .

وقد لا يدل ، احوال البعض ، لما ذكره البعض الاخر من الفقهاء في كتاب المعارية على عدم اعتبار ذلك شرطا ، ان ربما اهلوه لانهم ذكروا فيما سبق ما يدل على اعتباره ، فلم يعيدوا ذكره في كتاب المعارية ، تحاشيا للتكرار والادالة ، وهذا ما يستفح ان شاء الله من خلال عرض هذه الشروط عند الفقهاء وهي كما يلي :

(١) يقصد بعض الفقهاء كالمالكية والحنابلة باهلية المستعير للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة : ان يكون المستعير ممن يجوز له استخدام العين المعارة . كالتبرع كانت العين المعارة مصحفا مثلا ، فيشترط حنثا ان يكون المستعير مسلما ، لعدم جواز اعارة المصحف للكافر ، فهو غير مؤهل للتبرع عليه بمنفعة العين المعارة حنثا .

انظر : الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٦ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقتاع ج / ٤ / ٦٣ .

اولاً : كون المستعير عاقلاً بالفا رشيداً :

لم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء تصريحاً باشتراط العقل والبلوغ والرشد في المستعير لصحة عقد الاعارة ، او عدم اشتراط ذلك في كتاب الحاريسية ماعدا فقهاء الشافعية . حيث صرحوا في اكثر كتبهم ان لم يكن كلها باشتراط ذلك فاشترطوا في المستعير ان يكون ، عاقلاً بالفا . (١)

وذلك نظراً الى ان الصبي والمجنون وان كانا اهلاً للتبرع عليهما والا حسان اليهما لكنهما ليسا اهلاً لانشاء العقود ، ولا للتصرف في الاموال .

وعلى هذا فلا ضمان عليهما ان اخذا مال رشيد بانه على سبيل الحاريسية فلتف سواء اتعديا عليه او لم يتعديا . (٢)

واما اشتراط الرشد ، فللشافعية فيه قولان :

القول الاول : ان اتصاف المستعير بالرشد شرط لصحة عقد العارية .

والى هذا القول ذهب زكريا الانصارى ، والاردبيلي ، والغليلي الشرييني

والبيجرى وموظاير قول السيد البكرى . (٣)

(١) حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ٢ / ٩١ ، الاردبيلي - الانوار

الاعمال الابرار ومعه حاشيتي الحاج ابراهيم ، والكشري ج ١ / ٥٢٠ ، الشرييني

- الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع ومعه حاشية البيجرى ج ٢ / ١٣٣ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الانصارى - شرح المنهج ومعه حاشية الجمل ج ٣ / ٤٥٤ ، الاردبيلي

- الانوار لاعمال الابرار ج ١ / ٥٢٠ ، الشرييني - الاقتناع ومعه حاشية البيجرى

ج ٢ / ١٣٣ السيد البكرى - اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح الممين ج ٣ / ١٢٧

القول الثاني : ان اتصاف المستعير بالرشد ، لا يعتبر شرطا لصحة عقد الحارية ، فتصح الاعارة من السفه .

والى هذا ذهب ، سليمان الجمل ، والاسنوى والشهاب الرملى ، والماورى وذلك قياسا على صحة قبوله للهبة . (١)

ولعل القول الاول هو القول الراجح ، اى ان رشد المستعير شرط لصحة عقد الحارية . لما سبأتى من ان الحارية عند الشافعية مضمونة بكل حال على الاصح اى سواء اطلقت بتعد المستعير او تقصيره ام تلقت بأقاة سماوية ونحو ذلك . ولما كان السفه محجوزا عليه التصرف فى ماله ، كان الحكم بصحة تصرفه بالاستعارة الزام له بضمانها من ماله ، فيما لو تلقت .

ولان السفه ناقص العقل والادراك ، فلا يؤمن منه تضييع العين المقارة واتلافها كالصبي والمجنون ، واتلاف الاموال فى الجملة منهى عنه شرعا .

وتفارق الهبة الحارية ، فى ان الهبة لا تشتمل على التزام بالضمان ، فلو تلقت فى يد الموهوب له لم يجب عليه ضمانها بخلاف الحارية ، فهى مضمونة عند الشافعية على الاصح مطلقا .

واذا اثبت هذا فان الشافعية ، قد استثنوا ، من عدم صحة استعارة الصبي والمجنون والسفه ، صحتها منهم بعقد وليهم ، اذا لم تكن الحارسة مضمونة ، كما اذا كانت الاستعارة من مستأجر اجارة صحيحة . (٢)

(١) المراجع السابقة .

(٢) الشربىنى - الاقتاع فى حل الفاظ ابى شجاع ومعه حاشية البيجرى ج ٣ /

١٣٣ / الرمل - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١١٢ .

وذلك نظرا الى ان المستأجر عندهم غير ضامن مالم يتعدى ^ل والمستثمر منه
كوكيله في استيفاء المنفعة ، فيكون مثله في ذلك ، ومن هنا جازت استمارة الصبي
والمجنون والسفيه بحقد ولهم ، لا نكثا الضرر عنهم في اموالهم بانتفاء الضمان . (١)
هذا رأى الشافعية في اشتراط العقل والبلوغ والرشد ، بالنسبة للمستثمر
كما فصلوه في كتبهم في باب المارية .

اما بقية الفقهاء ، فكما قلت سابقا ، بانى لم اجد فيما اطلعت عليه من
كتبهم نصا صريحا في باب المارية يدل على اشتراط ذلك ، او عدم اشتراطه .
وسأحاول فيما يلى تلمس هذا الشرط عند بقية الفقهاء ، في غير كتاب المارية
على اجد في كلامهم ، على الحقود المشابهة لعقد المارية او غيرها ، ما يدل
على اشتراط ذلك او عدم اشتراطه ، بادئا بالاحناف اولا فالمالكية ، فالحنابلة .

١ - الاحناف :

ظاهر ما ذهب اليه الاحناف : ان المستثمر يشترط فيه لصحة عقد المارية
ان يكون عاقلا اما البلوغ ، فظاهر مذهبهم ايضا : عدم اعتباره شرطا لصحة العقد
بل يكفي ان يكون المستثمر سبيا مأذونا له بالتجارة ، لتصح منه الاستمارة .
ولعل ما يدل على اشتراط العقل دون البلوغ عندهم ، انهم اشترطوا لصحة
الوديعة ان يكون المودع ، بالفتح ، عاقلا ، ولم يشترطوا فيه البلوغ ، وقد عللوا
لاشتراط العقل : بانهم عقد الوديعة : لزوم حفظ المدين المودعة ، ومن
لا عقل له لا يكون من اهل الحفظ ، وعللوا لعدم اشتراط البلوغ ، بان الصبي
المأذون له من اهل حفظ الاموال ، فتصح منه الوديعة .

(١) انظر المرجعين السابقين ، وانظر : حاشية البيهقي على الاقتاع ج / ٣ / ١٣٣

والذى يظهر ، ان العارية عندهم كذلك ، لانها كالوديعة فى لزوم حفظ محل
المقد ان هى امانة عند الاحناف ، لاتضمن الا بالتعمد فىها كالوديعة .

ولما كان المجنون ، والصبي المحجور عليه ، ليسا اهلا لحفظ المال ، وقد
اعتبر ذلك سببا لعدم صحة ايداعهم ، فافظا ان العارية كذلك لنفس السبب
ولا فرق فكلا العقد ين يلزم بهما حفظ محل التعاقد ، وضمانه عند التعمد . (١)
ويؤيد هذا ما ذكره علما مجلة الاحكام المدلية حيث قالوا : " يشترط كون
المعير والمستعير عاقلين مميزين ولا يشترط كونهما بالفيء " .

قال شارح المجلة على حيدر : " يشترط فى صحة الاعارة كون المعير والمستعير
عاقلين كما يشترط ذلك فى كل عقد كالبيع والاعارة والايداع ، اما كون المعير
والمستعير بالفيء فليس بشرط فى صحة الاعارة ، كما كان الحكم على هذا المنوال
فى الوديعة " . (٢)

ولا يخفى ان علما المجلة ، وشارحيها من كبار فقهاء الاحناف فى الدولة
العثمانية ، وقد فهموا من اشتراط ذلك فى الوديعة ، اشتراطه فى العارية .
وبناء على هذا ، فالذى يظهر ، ان اتصاف المستعير بالعقل شرط لصحة
عقد العارية عند الاحناف ، اما البلوغ فلا يحتر شرطاً عندهم ، حيث تصح من
المأذون له فى التجارة لان الاستعارة من توابعها .

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٨٨١ ، نظام -
الفتاوى الهندية ج ٤ / ٣٣٨ .

(٢) على حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٠١ / ٣٠٢ مادة
رقم (٨٠٩) .

وأما السفه ، فلا يعتبر عند الامام ابي حنيفة سببا للمحجر ، وبالتالي فلا يعتبر الرشد عنده شرطا لصحة التصرف ، وعليه فتصح الاستمارة من السفه .
ولقد سبق ان فصلت القول في الحجر على السفه ، عند الكلام على اشتراط ^{بالنسبة} الرشد بالنية للمحجر ، وبينت هناك ان الرشد شرط لصحة التصرف ، فلا داعى لاعادة ذلك . (١)

وأما الامامان ابو يوسف ومحمد بن الحسن ، فيريان الحجر على السفه ، ولم اجد نضا صريحا يجهلى اجزم ، بان الحجر عليه يعتبر مانعا من صحة استمارته عندهم ، كما اعتبروا ذلك مانعا من صحة اعارته ، على ما سبق بيانه . (٢)
الا ان السفه ، لما كان ممن لا يحسن حفظ العين المارة في الخالب ، لمدم تقديره لمواقب الامور ، فيحتمل والله اعلم ان القول فيه كالقول في الصبي المحجور عليه عندهم ، فلا تصح منه الاستمارة . والله اعلم .

٢ - الملكية :

وأما الملكية ، فقد وجدت ما يدل على اشتراط الرشد لصحة التملك بواسطة الاسباب القولية عندهم ، وذلك في كتاب الفروق للقرافي .

والذى يفهم من اشتراط الرشد ، ان البلوغ والحقل شرط ايضا من باب اولسى ولما كان عقد المارية سبب قولى لتملك منفعة العين المارة ، كان داخلا تحت ما جاء في كتاب الفروق ، ومن هنا فالذى يظهر ان ذلك شرط فيها عندهم كسائر

-
- (١) انظر : ص () من هذه الرسالة .
(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

الاسباب القولية فيعتبر في المستمير لصحة العارية حنثا ان يكون عاقلا بالضا
رشيذا ثم ان القرافي قد صرح باشتراط ذلك في الهبة ، والعارية اشبهه العقود
بالبهية ان كل منهما تطليق للمال بغير عوض ، ولا فرق ، الا ان احدهما تمليك
للمنفعة ، والاخر تطليق للمعين ، وعلى هذا ، فلا يبعد اشتراط ذلك في العارية
كما اشترط في الهبة ، بل ربما كانت العارية اولى بذلك ، لانها مضمونة عند
المالكية بالتعدي ، ومن ضعف ادراكه وساء تقديره لحواقب الامور ، لا يؤمن منه
التعدي على المعين العارية بالاتلاف ، وفي اعتبار العقد صحيحا ، الزام له
بما يقتضيه حكم العقد من الضمان عند تعدي به . (١)

٣ - الحنابلة :

واما الحنابلة ، فالظاهر انهم يتفقون مع الشافعية ايضا في اشتراط ، العقل
والبلوغ والرشد لصحة الاستعارة ، ان قد صرحوا في كتاب الهبة ، باشتراط ذلك
في الموهوب له ، فلا يصح عقد الهبة عندهم ، متى ما كان الموهوب له مجنوناً
او صبياً او سفيهاً ، لا نتفاً اهلية التصرف ، فتعليقهم لعدم صحة الهبة هنا
بانتفاً اهلية التصرف فيه اشارة الى عدم صحة تصرف من اتصف بذلك مطلقاً ، سواء
اتصرف في ماله بالهبة او العارية ونحوهما من التصرفات ، او قبل ذلك من غيره
لان قبول العارية ونحوها من العقود نوع من التصرف .

(١) القرافي - الفروق ج ٨ / ٢٠٤ ، الفرق رقم (٣٥) ، الدردير - الشرح
الصغير ومعه بلغة السالك ج ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ .

ثم ان هذا الحكم اذا كان ثابتا في الهبة عندهم مع انها غير محض بالنسبة للموهوب له ، فان الحارية فيما يظهر لى اولى بهذا الحكم ، لانها مضمونة عندهم على الاصح بكل حال سواء اتعدى فيها المستعير او لم يتعدى ، كما سيأتى بيان ذلك ان شاء الله . (١)

ومن هنا فالذى يظهر ان ما قالوه في الهبة محتير في الحارية ايضا ، والله اعلم بالصواب .

ثانيا : كون المستعير معيئا :

يشترط لصحة عقد الحارية : ان يكون المستعير معيئا ، فلو فرش احد الناس بساطا لمن يجلس عليه ، فلا يعتبر تصرفه هذا اعارة وانما اباحة لمنفعة البساط . ولو قال المعيير لشخصين : اعرت هذه السيارة لاحدكما ، لم تصح الاعارة لأى واحد منهما ، لعدم تعيين المستعير .

فلو استعمل احدهما او كلاهما السيارة ، اعتبر ذلك غصبا ، فيجب في هذه الحال جميع ما يجب في المين المقتضية من ضمان ، كما سيأتى بيان ذلك ففى الباب الخامس من هذه الرسالة .

وهذا بخلاف ما اذا خيرهما في التخصيص بان قال : اعرت هذه السيارة لمن شاء منكما فاخذاها ، احدهما ، صح عقد الحارية فنقذ .

(١) البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتاع ج / ٤ / ٧١ / ٣٠١ /

وكذلك ، اذا اعارهما جميعا ، فقال : اعرتكما هذه السيارة ، حيث
يمتبر المقد صحيحا ويكون كل واحد منهما مستميرا في نوبته .

وجميع ماسبق منصوص عليه عند الشافعية في كتاب العارية ، ولم اجد لغيرهم
في ذلك ، كلاما " . (١)

والذى يظهر ان احدا لا يخالف في ذلك ، لان العارية عقد ، ولا يتصور قيام
المقد دون وجود احد طرفيه ، ولا يمكن اعتبار الطرف الاخر للمقد موجودا مع
عدم تعيينه .

ثالثا : كون المستمير اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين المحارة : هو
اشترط الفقهاء لصحة عقد العارية ، ان يكون المستمير من اهل للتبرع عليه
بمنفعة العين المحارة ، ولهم في ذلك تفصيل اذكره فيما يلي :

١ - اشترط المالكية والحنابلة لصحة عقد العارية ، ان يكون المستمير اهلا
للتبرع عليه بمنفعة العين المحارة ، فلا تصح اعارة مصحف لكاثر او عبد مسلم لخدمة

(١) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ، ومعه حاشيتي الحاج ابراهيم
والكشري ج / ١ / ٢٥٠ ، حاشية الرطى الكبير على اسنى المذال ب شرح روض
الطالب ج / ٢ / ٢٢٥ وحاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩٢ ، الرطى -
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج / ١١٢ / ٥ .

ذى لما فى ذلك من اهانة للمصحف الشريف ، واذلال للمسلم . (١)

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ، حيث قالوا بعدم صحة اعارة الجارية للاستمتاع بها وفى قولهم هذا اشارة الى ان المستمير مالم يكن مؤهلا لاستيفاء منفعة الممين المحارة ، بان تكون مباحة له شرعا ، فان عقد الحارية لا يصح منه . (٢) ويؤيد هذا ، ان القاعدة عندهم ، ان ما حرم اخذه حرم اعطاؤه ، فاذا حرم على المستمير استيفاء منفعة عين ما ، حرم على المميز اعطاؤها له ، وبالتالي فلا يكون مؤهلا للتبرع عليه بتلك المنفعة ، وعليه فلا يصح عقد الحارية ، لان المنفعة هنا محرمة شرعا ، وكون المنفعة المقصودة من الممين ، محرمة شرعا ، امر يوجب فساد العقد كما اوجب ذلك عندهم فساد عقد الاجارة ، فلا تصلح الاجارة على المخاصى ، كالنياحة والزمر ونحو ذلك عندهم . (٣)

(١) الدردير - الشرح الصغير ومعه بلفظة السالك ج ٢٠٦/٢ ، شـ شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ١٢٢/٦ ، النفراوى - الفواكه الدوانسى ج ٢٣٥/٢ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقتاع ج ٦٣/٤ ، ابن مفلح - المبدع فى شرح المقنع ج ١٣٢/٥ .

(٢) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكلمة رد المختار ج ٣٨٣/٨ .

(٣) امين نجيم - الاشياء والنظائر / ١٥٨ ، الحصكى - الدر المختار شرح تنوير الابصار ومعه حاشية ابن عابدين ج ٣٤/٥ .

٢ - ذهب الشافعية في اصح القولين عنهم ، الى عدم صحة اعارة الجارية للاستمتاع بها ، او لخدمة اعزب وهى شابة جميلة ، وكذا اعارة المصحف لكافر او السلاح لحربي .

وظاهر ما ذهبوا اليه هنا ، انهم يتفقون مع الجمهور في ان المستعير مالم يكن مؤملا للترفع عليه بمنفعة الممين المعارة ، فان المعارية باطلة لا اثر لها .
الا انهم يخالفون للمالك ، والحنابلة في اعارة العبد المسلم لخدمة كافر حيث يصح عندهم عقد المعارية لذلك مع الكراهة .

غير اني وجدتهم يعتبرون الكراهة في انشاء عقد المعارية للخدمة ، اما نفس خدمة المسلم للكافر فحرام عندهم ، بلا خلاف بينهم كما ذكر ذلك القليوبي .
وعلى هذا فتى اعير العبد المسلم لخدمة كافر ، فان المعارية وان صحت مع الكراهة ، الا ان الكافر لا يمكن من استخدام المسلم ، بل يؤمر بازالة الطك عنه لتحريم ذلك .

ولعل القاعدة عند الشافعية من اعتبار العقد هنا صحيحا ، مع ان خدمة المسلم للكافر محرمة عندهم ، نظرا لما اشار اليه الشيراطسى ، من انه لا يلزم من القول بصحة اعارة العبد المسلم لخدمة كافر ، جعله تحت يده ، وخدمته له لجواز ان يعيّره لمسلم باذن المالك ، او يستتبع مسلما في استخدامه ، فيما تحوّل منفعتة عليه .

وفى قول مرجوح عند الشافعية ، كما ذكر ذلك القليوبي ، تصح اعارة المصحف والعبد المسلم لكافر ، والجارية لخدمة الاعزب ، والسلاح لحربي ، مع ثبوت الحرمة .

وظاهر هذا القول ، ان كون المستعير اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين المعاراة لا يعتبر شرطا لصحة عقد المارية ، بل يعتبر العقد صحيحا مع ثبوت الحرمة في ذلك .

وهذا مخالف لما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، ولعل الصواب خلافه ، لان تلك المنافع محرمة شرعا ، فلم تصح اعارتها ، كما لم تصح اعارة الامة للوطء . (١)

والخلاصة ان ظاهر اصح القولين عن الشافعية ، موافق لما ذهب اليه المالكية والحنابلة من ان المستعير ، يشترط فيه لصحة عقد المارية ، ان يكون اهلا للتبرع عليه بمنفعة العين المعاراة ، الا في اعارة العبد المسلم لخدمة الكافر فتصح عندهم مع الكراهة .

ولعل الراجح انها لا تصح ، كما هو رأى المالكية والحنابلة وظاهر ما ذهب اليه الاحناف ، نظرا الى ان خدمة المسلم للكافر محرمة شرعا لما في ذلك من اذلال للمسلم ، واهانة له ، وقد قال الله تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٢) وقال عز وجل : " ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين " (٣) .

-
- (١) انظر : المحلى — شرح منهاج الطالبين ، ومعه حاشيتي الطيوى وعميرة ج / ١٨ / ٣ ، وانظر : حاشية الطيوى ج / ١٨ / ٣ .
- (٢) سورة النساء ، آية رقم (١٤١) .
- (٣) سورة المنافقين ، آية رقم (٨) .
- وانظر : محمد عتيق — شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٨٩ .

ثم ان خدمة العبد المسلم للكافر ، كخدمة الامة الجميلة للاعزب في ان منفعة كل منهما محرمة على المستعير ، فخدمة المسلم للكافر محرمة صيانة له عن الازلال وخدمة الجارية للاعزب محرمة لاحتمال الوقوع في الفاحشة ، وقد اوجب تحريم المنفعة في اعارة الجارية لخدمة الاعزب ، عدم صحة عقد الحارية عند الشافعية في اصح القولين عنهم كما ذكر ذلك القليوبي (١) ، فكان يجب ان يترتب على تحريم المنفعة في اعارة العبد المسلم لخدمة الكافر ، عدم صحة العقد ، ولا فرق ، فالمنفعة واحدة .

والله تعالى اعلم .

رابعاً : قبض المستعير للمعين المحارة :

اشترط فقهاء الاحناف لثبوت ملك المنفعة للمستعير ، ان يقبض المعين المحارة ويملكون لذلك ، بان عقد الحارية عقد تبرع فلا يفيد الملك بنفسه بدون القبض وذلك قياساً على الهبة بجامع ان كل منهما تبرع ، ولا فرق ، غاية ما هنالك ان الهبة تبرع بالمعين ، والحارية تبرع بالمنفعة . (٢)

والذي يظهر ان فقهاء الشافعية والحنابلة ، لا يخالفون في اعتبار ، قبض المستعير للمعين المحارة لثبوت حق الانتفاع له ، واستيفاء المنفعة لثبوت ملكها .

-
- (١) انظر : حاشية القليوبي على شرح منهاج الطالبين المحلي ج / ٣ / ١٨ / ١٩
 (٢) الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٨ ، نظام —
 الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٣ ، على حيدر — درر الحكام شرح مجلة الاحكام
 ج / ٢ / ٣٠٣ مادة رقم (٨١٠) .

لان الحارية عندهم كما سبق في الباب الثاني من هذه الرسالة : عقد جائز يشتمل على اباحة المنفعة (١) .

فكونها عقد جائز ، تقتضى ان لا يثبت للمستعير حق الانتفاع بالمعين الممارة قبل قبضها ، اذ لو ثبت له حق الانتفاع قبل قبض المعين ، لالزم الاعتين بتسليم المعين الممارة ، وهذا ينافى جواز عقد الحارية عندهم .

وكون الحارية عندهم : اباحة المنفعة ، يقتضى ان لا يثبت ملك المستعير للمنفعة الا بعد استيفاءها ، اذ قد سبق في الباب الثاني من هذه الرسالة ان المباح له ، يملك ما يبيع ، بحوزه ، او استهلاكه ، عند اكثر الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة .

والواقع ، ان المنفعة عرضية لاتبقى وقتين ، فاذا ابحت فلا تملك الا بقبضها وقبضا انما يكون باستيفائها . (٢)

وهذا يتضح فيما ظهر لى ، ان القبض شرط لثبوت حق الانتفاع ، وملك المنفعة فى ظاهر ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة .

اما الملكية : فقد سبق فى الباب الثانى من هذه الرسالة ، ان الحارطة عندهم : تملك منفعة مؤقتة بخير عوض . وسيأتى فى الباب الرابع : ان الحارطة

(١) انظر : ص () وانظر : ص () من هذه الرسالة .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

عندهم : عقد لازم في الحارية المؤقتة بآجل او عمل ، بلا خلاف بينهم في ذلك وعلى خلاف بينهم في لزوم قدر ما تعار لثله في الحارية المطلقة ، اذا كانت الحارية ارضا للفرس او البناء ، ولم يحصل بعد (١) .

والذى يظهر من كون عقد الحارية عندهم : عقدا لازما يشتمل على تملك المنفعة ، ان حق الانتفاع باليمين المارة وملك المنفعة للمستثمر ، ثابت قبل القبض ، كما هو الامر عندهم في عقد الهبة ، ويؤيد هذا ، ان القاعدة عندهم ان من الزم نفسه محروفا فقد لزمه . (٢)

وسياتى ان شاء الله في الباب الرابع ، بيان ان الاصل في الحارية الجواز لا اللزوم كما هو رأى جمهور الفقهاء . (٣)

ومن هنا فالذى يظهر لى في هذه المسألة : ان القبض شرط لثبوت ملك منفعة اليمين المارة ، كما هو رأى الاحناف ، وظاهر ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة والله تعالى اعلم .

وبهذا نأتى الى ختام ما ذكره الفقهاء في كتاب الحارية ، من الشروط المحترمة في المستثمر لصحة عقد الحارية ، وثبوت اثره ، فارجو ان اكون من وفق في عرض ذلك ودراسته ، والله المستعان .

(١) انظر : ص () و () من هذه الرسالة .

(٢) محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٦ .

(٣) انظر : ص () من هذه الرسالة .

المبحث الثالث : فى الشروط المعتبرة فى المين المارة

علمنا أن لعقد المارة مقومات أربعة لا يقوم بدونها ، هى : الصيغة ، والمبرر والمستمير ، والمين المارة .

ولقد ذكرت فيما سبق : أن لكل واحد من هذه المقومات ، شروطا وأحكاما عند الفقهاء ، انتهت بفضل الله من الكلام على معظمها .

وفى هذا المبحث سأحاول إيضاح الشروط المعتبرة فى المين المارة ، وعند الفقهاء ، وبعض ما يتعلق بذلك من أحكام ، وهى كما يلى :-

أولا : كون منفعة المين المارة مباحة شرعا

يشترط لصحة عقد المارة أن تكون منفعة المين المارة مباحة شرعا ، فما لم تكن المنفعة كذلك ، فعقد المارة باطل لا أثر له .

وذلك نظرا الى أن عقد المارة لا يبيع ، الا ما أباحه الشرع ، فلا تصح اعارة الجارية للاستمتاع بها ، ولا آلات اللهو المحرم كالغناء والزمر ونحوهما ، ولا آنية الذهب والفضة ونحو ذلك مما هو محرم شرعا .

والى هذا ذهب المالكية والحنابلة والشافعية .^(١) وهو ظاهر ما ذهب اليه

١ - النفراوى - الفواكه الدوانى ج / ٢ / ٢٣٥ ، حاشية الخرشى على مختصر سيدى خليل

ج / ١٢٢ / ٦ ، الجعللى - سراج المسالك شرح أسهل المسالك ج / ١٦٧ / ٢

البليهى - السلسيل فى معرفة الدليل ج / ١١٣ / ٢ ، البهوتى - كشف القناع عن

متن الاتناع ج / ٦٣ / ٤ ، ابن مفلح - المبدع فى شرح المقنع ج / ١٣٧ / ٥ ، ١٣٨ ،

الانصارى - شىء المنهج ومعه حاشية الجمل ج / ٤٥٥ / ٣ ، الاردبيلى - الاصول فى اعمال

الابرار ج / ١ / ٥٢٠ ، حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم الفزرى ج / ٩ / ٢

الاحنافه اذ قد اشترطوا في صحة عقد العارية، أن تكون المين قابلة للانتفاع بهما
ومثلوا للمين التي لا تعتبر قابلة للانتفاع، بالجارية تعار للوطء ونحوه، وعللوا لذلك
بأن الاباحة لا تجرى في الفروع. وفي هذا اشارة، الى أن منفعة المين المصاراة،
ما لم تكن مباحة شرعا، فلا تعتبر المين قابلة للانتفاع بهما، ويؤيد هذا عدم
صحة عقد الاجارة عندهم اذا كانت المنفعة المقنود عليها معصية، والمارية
أولى بهذا الحكم، لانها مبيرة وارفاق ولا تكون المبيرة والارفاق فيما حرم الله
سبحانه وتعالى. (١)

ثانيا : كون المين المارة ذات منفعة مقصورة :

اشترط الشافعية في صحة عقد العارية، أن تكون المين المارة ذات
منفعة مقصورة يمكن الانتفاع بها حال العقد، فلا يصح اعارة ما لا ينفع فيه، كالدابة
الزمنة أو الصغيرة التي لا يمكن الانتفاع بها خلال مدة العقد، أن كان مقيدا
بمدة معينة، لا يتوقع خلالها الانتفاع بها.

أما اذا كانت المين المارة مما يتوقع الانتفاع به مستقبلا كالدابة الصغيرة،
وكان عقد العارية مطلقا أو مقيدا بمدة يمكن الانتفاع بالدابة خلالها، فيعتبر
العقد حينئذ جائزا صحيحا. (٢)

١- ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨/ ٣٨٢، وانظر: حاشية
ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٥/ ٣٤، ابن نجيم - الاشباه
والنظائر/ ١٥٨.

٢- الشربيني - الاقتناع في حل الفاظ أبي شجاع ج ٣/ ١٣٠، الرملی - غاية البيان
شرح زيدا بن رسلان/ ٢١٤، لانصاری - أمني المطالب شرح روض الطالب
ج ٢/ ٣٢٥ حاشية الشرقاوی على تحفة الطلاب ج ٢/ ٩٠.

ولعل الشافعية إنما اشترطوا ذلك لصحة عقد المارية ، نظرا الى أن المقصود من عقد المارية ، هو استيفاء المستمير لمنفعة المين المارة ، فما لم تكن للمين المارة منفعة مقصودة ، فلا فائدة من انشاء عقد المارية .

ثم ان محل العقد في المارية هو المنفعة ، فإذا كانت المين المارة مما لا يشتمل على منفعة تقصد بالاعارة أو الاجارة ، اعتبر محل التعاقد غير موجود حينئذ .

والمحل هو أحد أركان العقد ومقوماته ، التي لا يتصور وجود العقد بدون أحدها فإذا تخلف بطل العقد .

وما ذهب اليه الشافعية هنا ، هو ظاهر ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من الاحناف والمالكية والحنابلة .

حيث صرح الاحناف والمالكية ، بأن المارية : تملك منفعة بخير عوض ، وصرح الحنابلة بأنها : اباحة منفعة . فالمنفعة اذن هي محل التعاقد في عقد المارية عندهم . وفي هذا إشارة ، الى أن المين المارة ، ما لم تكن ذات منفعة مقصودة ، فالعقد باطل لا أثر له ، لتخلف أحد مقومات العقد ، ولا خلاف بين الفقهاء في أن العقد متى ما تخلف أحد مقوماته ، فهو عقد باطل لا أثر له . (١)

والله أعلم .

ثالثا : بقاء المين المعارة بعد الانتفاع بها

لا خلافيما أعلم بين الفقهاء في أن المين المعارة يشترط فيها ليمتبر التماقد على منفعتها اعارة : أن تكون ما ينتفع به مع بقاء عينه بعد الانتفاع ، وذلك كالدور ، والسيارات والدواب ، والثياب والكتب ونحوها .

بخلافها تستهلك عينه بالانتفاع المعتاد لأول مرة كالنقود والاطعمة ونحوها .
اذ المناسب لذلك عقد القرض لا عقد الخارية ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استعمار أدعاء وذكر اعارة دلوها وفحلها ، وذكر ابن مسمود عارية القدر والميزان ، فثبت الحكم في هذه الاشياء ، وما عداها مقيس عليها ، اذا كان نسي منها ما ينتفع به مع بقاء عينه " (١)

ولأن عقد المعارة تطبيقك للمنفعة المال دون عينه فلا يرد هذا المقدر على ما تستهلك عينه بالانتفاع به لأول مرة كالطعام ، اذ لو صح ذلك لكان تطبيقا للمين لا للمنفعة فقط . (٢)

(١) ابن قدامة - المثنى ج / ١٦٧/٥ ، سبق تخريج هذه الاحاديث ، انظر الصفحات من هذه الرسالة .

(٢) الميرفاني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ١٤/١٣/٩ مطبوع مع تكملة فتح القدير والعتاية وحاشية سعدى الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٨٨/٨٧/٥ ، السميرقندي - تحفة الفقهاء ج / ٢٤٤/٢٤٥/٣ مطبوع جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، النفراوى - الفواكه الدواني ج / ٢٣٥/٢ ، كفاية الطالب الربانى ج / ٢١٩/٢١٨/٢ مطبوع بهامش حاشية المدوى ، الارديبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ٥٢٠/١ ، الرطلى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ١٢٠/٥ ، حاشية الجمل على شرح المنهاج ج / ٤٥٤/٣ ، البليهي - السلبيل في معرفة الدليل ج / ١١٢/٢ ،

ولقد استثنى الفقهاء من عدم صحة اعارة ما تستهلك عينة بالانتفاع لأول مرة صحته اعارته متى ما عين غرضا آخر لا يؤدي الى استهلاك عينة ، كما لو استعار الداراهم والدنانير للوزن أو ليعاير عليها ، أو للتزين بها ونحو ذلك . (١)

واذا تبين هذا ، فما هو الحكم فيما اذا أعار ما تستهلك عينة بالانتفاع المعتاد ، وأطلق المقعد دون أن يعين انتفاعا لاستهلاك معه العين المعارة ، هل يعتبر هذا التصرف اعارة فاسدة أو قرضا ؟

الواقع أن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، ولهم في هذه المسألة خمسة أقوال

القول الأول : ان اعارة ما تستهلك عينة بالانتفاع المعتاد لأول مرة ، تصرف لا يعتبر عارية بل قرضا ، الا اذا عين المتعاقدان عرضا آخر لا يؤدي الى استهلاك العين المعارة . والى هذا القول ذهب الاحناف والمالكية والحنابلة ، والشيعة الزيدية . (٢)

القول الثاني : ان المتعاقدين ان لم يعينا منفعة لا يؤدي استيفائها الى استهلاك العين المعارة من أول مرة ، فالمقعد حينئذ عقد عارية فاسد ، لا قرضا . ولما كانت العارية الصحيحة مضمونة ، وللفاسد حكم الصحيح في الضمان ، كانت العارية هنا مضمونة ، وان كانت فاسدة .

والى هذا القول ذهب الشافعية في أصح الأقوال عندهم .

== البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٦٣ ، المرتضى - البحر الزخار الجامع للمذاهب علماء الامصار ج ٥ / ١٢٦

١ - انظر المراجع السابقة

٢ - انظر : المراجع السابقة .

واستثنى الاردبيلي منهم ، اعتبار العقد هنا قرضا ، في حال ، ما اذا شاع التعبير بلفظ الاعارة عن القرض كما شاع ذلك في الحجاز . (١)

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا الى أن لفظ الاعارة هنا صريح ظاهر فسي اعارة ما ينتفع به مع بقاء عينه في الشرع والمرفق واستعماله فيما يستهلك بالانتفاع به لا يدل على ارادة عقد القرض ، لا شرعا ، ولا عرفا ، فلم يعتبر هذا التصرف قرضا ، وانما عارية فاسسدة ، لتخلف شرط صحتها ، فاذا قام عرفيين الناس به على ارادة هذا اللفظ للتعبير عن القرض ، كان هذا التصرف قرضا ، لأن المصرف عرفا كالشروط شرعا .

القول الثالث : ان هذا التصرف لا يعتبر عارية ، صحيحة ولا باطلة ، وبالتالي

فلا ضمان لما وقع على سبيل الاعارة ، مما تستهلك عينه بالانتفاع به ، لأن ذلك قبض لمال الخير باذنه لا لمنفعته ، فيكون أمانة .

والى هذا القول ذهب الشافعية في أحد الاقوال عنهم ، وهو قول مرجح ، كما

يبدو ذلك من تعبيرهم عنه بقبيل . (٢)

القول الرابع : ان كانت المين المارة دراهم أو دنانير ، فالمارة صحيحة

وان لم يمن المميز ، انتفاعا لا تستهلك معه أعيانها ، لأن الدراهم والدنانير ونحوهما مما يصلح للتزين به والضرب على طبعه ، بخلاف غيرها مما لا يصلح الانتفاع به مطلقا ،

١ - الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ ، الرافعي - فتح

المنزى شرح الوجيز ج ١١ / ٢١١ / ٢١٢ ، النووي - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٢٦ /

٤٢٧ ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابراج ج ١ / ٥٢٠

٢ - المراجع السابقة .

الا باستهلاك عينة .

والى هذا القول ذهب الشافعية ، فى احدى الاقوال عنهم ، وهو قول مرجوح عندهم
كما أشار الى ذلك النوى والرافعى وغيرهما . (١)

القول الخامس : ان هذا التصرف ، اباحة للمعين ، فإذا قال المالك : أعرتك هذا
الطعام أو هذه الدنانير ، دون أن يعين له نوع الانتفاع ، كان قوله هذا ، اذنا
بالاباحة فلا يجب على الآخذ ضمان ذلك .

والى هذا القول ذهب ابن عقيل من الحنابلة ، الا أنه لم يجز بذلك . (٢)
ولعله انما رأى ذلك نظرا الى أن العارية على الاصح عند الحنابلة : اباحة للمنفعة ،
ولا منفعة للطعام والدنانير وما شاكلها فى المادة ، الا باستهلاكها ، فيكون المراد
اباحة نفع هذه الاعيان باستهلاكها ، وفى الاباحة لا يجب على المباح له ضمان باستهلاك
ما اباح له ، كما سبق بيان ذلك فى الباب الثانى من هذه الرسالة . (٣)

والذى يظهر أن الراجع من الاقوال السابقة : ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من
أن اعادة ما تستهلك عينه بالانتفاع المستاد لأول مرة ، لا يحتب اعادة ، بل قرضاً ،
الا اذا عين المتعاقدان غرضاً آخر لا يؤدى الى استهلاك العين المعارة .
وذلك نظراً الى أن اعادة تملك المنفعة ، كما سبق بيان ذلك فى الباب الثانى (٣)
ولا يمكن الانتفاع بالطعام والدنانير ونحوهما الا باستهلاك عينها ، فكانت اعادة هذين
الاشياء تمليكاً للمعين اقتضاءً ، وتمليك المعين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناهما
لكونه متيقناً به ، اذ أنه أقل ضرراً على المعطى ، لانه يوجب رد المثل ، وما هو
أقل ضرراً فهو ثابت يقيناً .

١ - المراجع السابقة

٢ - البهوتى - كشف القناع عن متن الانتفاع ج ٤ / ٦٢

٣ - انظر ص

من هذه الرسالة

٤ - ص

ولأن من قضية الاعارة الانتفاع ورد المين ، وقد عجز عن الرد ، فأقيم رد المشل
مقامه . (١)

ولان المبرة أيضا فى العقود للممانى ، لا للالفاظ والمبانى ، ولفظ الاعارة ،
نميا تستهلك عينة بالانتفاع لأول مرة ، ظاهر فى معنى القرض ، فيكون هذا التصرف
قرضا تغلبا للمنى . (٢)

وما يلحق بهذا الشرط ، صورتان ذكرهما الاحناف ولم أجد لغيرهم ذكرا لها :

الصورة الأولى : اذا قال المير : أعرتك هذه القصعة من الثريد ، فأخذها
المستير وأكلها ، وكانت بينهما مباسطة ومسامحة ، فلا يمتبر ذلك قرضا ، ولا عارية ،
وانما اباحة للطعام ، فلا يكلف الاكل برد مثله . (٣)

وهذه الصورة قريبة مما سبق عن ابن عقيل من الحنابلة . (٤)

الصورة الثانية : " اذا استمار شخص من آخر رقعة يرتفع بها قميصه ، أو خشبه
يدخلها فى بناءه ، أو آجرة ، فهو ضامن ، لأن هذا ليس بعارية ، بل هو قرض ، وهذا
اذا لم يقل لاردها عليك ، اما اذا قال : لاردها عليك فهو عارية . " (٥)

١ - البابرتى - شىء العناية على الهداية ج ١٣/٩ بشىء من التصرفه وانظر الزيلعى
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٨٨/٨٧/٥ داماد أفندى - مجمع
الانهر شرح طلقى الإبحر ج ٣٤٦/٢ على حيدر - درر الحكام ، شرح مجلة
الاحكام ج ٢/٣٠٠/٣٠١ مادة رقم (٨٠٨)

٢ - ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٣٨٣/٨

٢ - ابن قدامة - المنى ج ١٦٧/٥ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الإقناع ج ٦٣/٤

الدردير - الشج الصغير ومعه بلغة المسالك ج ٢٠٦/٢

٤ - انظر : شىء من هذه الرسالة .

٥ - ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٣٨٣/٨

وعلى هذا ، فهاتان صورتان مستثنتان ، مما سبق عن الاحناف
واذا تبين أن اعارة ما تستهلك عينه بالانتفاع لأول مرة ، قرض الا اذا عينت
منفعة لا تستهلك معها العين ، فما هو حكم اعارة العين لاستفادة عين ؟
الواقع أن اعارة العين ، لاستفادة عين ، اعارة صحيحة ، وذلك كاعارة الشاة
لشرب لبنها ، والشجرة لأخذ ثمرها ونحو ذلك .
وهذا اللون من الاعارة ، وان كان تحليك عين وحكم الاعارة ظاهر في تحليك
المنفعة دون العين ، الا أن ذلك ممدود من المنافع عرفا وعادة فيلحق بها .
والى هذا ذهب الاحناف والمالكية والشافعية ، والحارثي الحنبلي ، وابن تيمية . (١)
وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة ، حيث أجازوا استئجار المرأة لرضاعة
الاطفال ، ولبن المرأة عين لا منفعة عرضية وقد جازت الاجارة عليه ، فتجوز الاعارة
لذلك أيضا ، لأن كل ما جازت اجارته عندهم ، جازت اعارته ، ومن هنا
قالوا : بأن حكم المستمير في استيفاء المنفعة كحكم المستأجر . (٢)

-
- ١ - الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٩ / ٣٩٠٠ ، النفراوى -
الفواكه الدواني ج / ٢ / ٢٣٥ ، الرملى - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان ، ٢١٥
الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢١ ، المراوى - الانصافى معرفة
الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١٠٢
٢ - ابن قدامة - المنئى ج / ٥ / ٣٦٢ / ٣٦٨ ، البهوتى - كشف القناع عن متن
الاقناع ج / ٤ / ٦٩ / ٧٠ ، ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٠ / ٥١٤

رابعا : كون المين المارة معينة :

إذا قال المميز : أعتك احدى سياراتي ، فلم يمين احداهما للإعارة ،
فهل يعتبر عقد المارة صحيحا أم أن عدم تعيين المين المارة يوجب
فساد المقد : **ج**

الواقع أن الفقهاء اختلفوا في ذلك على قولين :-

القول الأول : ان تعيين المين المارة شرط لصحة عقد المارة ،

فإذا قال المميز أعتك احدى سيارتي الموجودتين بجوار المنزل ، ولم
يمين احداهما للإعارة ، فالمقد فاسد ، ولو أخذ المستمير احدى السيارتين
لكان في حكم الفاسد ، وذلك نظرا الى أن جهالة المين قد تؤدي بالمتعاقد
الى المنازعة ، بخلاف جهالة المنفعة في عقد المارة ، وكل جهالة تؤدي الى
ذلك ، فلا يعتبر المقد معها صحيحا منتجا لأثره ، وإن كان غير لازم . **ج**
هذا القول ، ذهب الاحناف في أحد القولين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه
الحنابلة ، إذ قد صرحوا بأن جهالة المين الموهومة ، يوجب فساد عقد الهبة ،
والظاهر أن المارة كذلك عندهم ، لتشبهها بالهبة من حيث ، ان كلا منهما
عقد تبرع بالمال ، غاية ما هنالك أن أحدهما تبرع بالمنفعة والآخر تبرع بالمين ،
ومن هنا نجد البهوتي من الحنابلة لا يجد حرجا في قياس بعض مسائل المارة
على بعض مسائل الهبة . (١) .

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨٢ / ٣٨٣ / ٣٨٤

نظام الفتاوى الهندية ج ٤ / ٣٦٨ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتاع ج ٤ / ٣٠٥

هذا ولقد استثنى الاحناف ذلك ، ما اذا خير المير المستمير في التخصيص كما اذا قال : أعرتك أى سيارتى أردت ، حيث يعتبر العقد عندهم صحيحا منتجا لاثره . (١)

ولعلمهم ، انما استثنوا ذلك نظرا الى أن عدم التمييز هنا لا يفضى الى المنازعة بين المتعاقدين ، اذ قد اسند المير للمستمير تعيين المير المارة فخير ، في ذلك ، فيتميز بتمييزه ، ولعل الحائلة لا يخالفون في ذلك ، لرضا المير بما سميته المستمير للاعارة .

القول الثاني : ان تعيين المير المارة لا يعتبر شرطا لصحة عقد العارية

وذلك نظرا الى أن العارية عقد تبرع غير لازم ، فلا تؤثر فيه الجهالة والفسر بخلاف العقود اللازمة كالاجارة ونحوها .

والى هذا ذهب الاحناف في أحد القولين عنهم في ذلك ، واليه ذهب الشافعية وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية ، حيث ذكر القراني منهم : ان ما كان احسانا صرفا ، لا يقصد به تنمية المال ، فان الجهالة والفسر ، لا يؤثران فيه ، والعارية احسان لا يقصد به تنمية المال ، فلا تؤثر في صحته جهالة المير عندهم ، بناء على هذا الضابط . (٢)

(١) المراجع السابقة .

(٢) الحصفى - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٨ / ٣٨٣ / ٣٨٤ مطبوع مع تكملة رد المحتار الانصارى - اسنى الطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٧ ، الرولى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٢٠ ، القراني - الفرق ج ١ / ١٥١ ، الفرق رقم (٢٤)

ولعل الراجح من القولين السابقين القول الأول ، نظرا لما سبق ، من أن جهالة المين تؤدي الى المنازعة ، وكل جهالة أدت الى ذلك ، فلا يعتبر المقدم منها صحيحا منتجا لأثره . وكون العارية عقد تبرع غير لازم ، أمر لا تنتفي به المنازعة كما صرح بذلك الاحناف ، وإنما تنتفي به المنازعة من جراء جهالة المنفعة فقط ، فالجهالة التي لا تؤدي الى المنازعة في العارية هي جهالة المنفعة دون المين ، ومن هنا صحت العارية عند الفقهاء مع جهالة منافعها لعدم لزومها (١) والله تعالى أعلى بالصواب .

خامسا : كون جهة الانتفاع بالمين المعارة معينة عرفا أو نصا :

أما أن تكون المين المعارة ذات منافع متعددة ، كالارض تكون للفرس أو البناء أو الزراعة أو ما الى ذلك .
وأما أن تكون ذا منفعة واحدة معينة عرفا ، كالبساط ، والكرسي يقصدان للجلوس عليهما فقط في عرف الناس وعاداتهم .

ولا أعلم خلافا بين الفقهاء في أن المين المعارة ، اذا كانت مما ينتفع به في مجال واحد فقط كالبساط ونحوه ، فلا يشترط في صحة الاعارة ، أن يعين المصير جهة الانتفاع بها صراحة ، لتمكين ذلك عن طريق المرفوع والمادة ، فاذا قال المصير أعرتك هذا البساط ، صح العقد ، وإن لم يعين نوع الانتفاع به . (٢)

- ١- ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨٣ / ٣٨٤
- ٢- انظر : ص من هذه الرسالة وانظر : الردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج ١ / ٥٢١ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٠ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠ ، القراني - الفروق ج ١ / ١٥٠ / ١٥١ الفروق رقم (٢٤) .

أما اذا كانت منافع المين المارة متعددة فلفقها في ذلك قولان :

القول الأول : ان تميمين نوع الانتفاع بالمين المارة هنا لا يعتبر شرطاً لصحة

عقد المارية ، فلو قال الميمر : أعرتك هذه الارض ، دون أن يمين نوع الانتفاع بها صح العقد ، وكان للمستمير أن يستخدمها في جميع ما هي مهيئة له عرفاً وعادة .
والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء . (١)

القول الثاني : ان تميمين نوع الانتفاع بالمين المارة شرطاً لصحة عقد المارية

الا اذا خير الميمر المستمير في استيفاء أى منفعة أراد ، من منافع المين المارة ، حيث يصح عقد المارية ، ويكون له حق الانتفاع بها ، فيما هو ممتد بين الناس .
والى هذا القول ذهب الشافعية ، وفي قول مرجوح عندهم ، ان عقد المارية لا يعتبر صحيحاً ، وان خير الميمر المستمير . (٢)

وسأتى بيان أدلة هذين القولين ، وبيان الراجح منهما ، عند الكلام على الاطلاق

والتقييد من حيث المنفعة في الباب الرابع من هذه الرسالة ، وسأوضح هناك ان شاء الله ، أن الراجح من القولين السابقين القول الأول ، والله أعلم .
وانتهاء الكلام على هذه المسألة ، يكون قد انتهينا بفضل الله من الكلام على الشروط المعتبرة في المين المارة ، فأرجو أن أكون قد وفقت في بحث ذلك ودراسته .

١ - انظر ص من هذه الرسالة ، وانظر : المرفغاني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ١٣ / ١٢ / ١ مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير ، والعناية ، وحاشية سعدى محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر الملامة خليل ج ٤٦٦ / ٣ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٧٠ / ٤ ، النووى - منهاج الطالبين ومعه حاشيتى القليوبى وعميرة ج ٢١ / ٣

٢ - انظر ص من هذه الرسالة وانظر المراجع السابقة للشافعية والحنابلة .

١٤) البحث الرابع : واجب المستمير تجاه المين المارة

لعل من المناسب يحد أن تبين أن أركان عقد المارة ، وما يعتبر فيها من شروط أن تبين الأمور التي يجب على المستمير تجاه المين المارة عند الفقهاء ، وهي ترجع إلى أمرين ، أحدهما متفق عليه ، والثاني مختلف فيه وهما : -

الأمر الأول : عدم الاعتداء على المين المارة ، والتقصير في حفظها .

يجب على المستمير أن يهتم بحفظ المين المارة والعناية بها ، كما يهتم بماله ، فلا يتعمد عليها ولا يقصر في حفظها ، وذلك نظرا إلى أنها مال محترم مملوك للخير أخذه لينتفع به ثم ليرده بعد ذلك ^(١) وما كان هذا شأنه وجب حفظه والعناية به ، ولهذا أوجبت الشريعة الإسلامية على المستمير ضمان المين المارة ، إذا تعمدى عليها أو قصر في حفظها ، بل إن بعض الفقهاء كالحنابلة والشافعية : يرون أن المارة مضمونة مطلقا ، فإذا تلفت في يد المستمير وجب عليه ضمانها ، سواء أكان التلف بتمتد منه ، أو بأفة سماوية . ^(٢) ثم إن حفظ المال وعدم الاعتداء عليه مطلب من مطالب الشريعة الإسلامية ، ومن هنا أوجبت على الناس حفظ أموالهم والعناية بها ، فنهت عن الإسراف والتبذير ، ودعت إلى حماية الأموال من السفهاء ، والصبيان ، والمجانين . ^(٣)

من هذه الرسالة

(١) انظر ص

“ “

٢ - انظر ص

من هذه الرسالة

ص

ص

(٣) انظر : ص

فإذا كان الانسان مطالباً بالحفاظ على ماله وعدم التمدى عليه، فمطالبته بالحفاظ على أموال الغير وعدم الاعتداء عليها أولى وأحرى، إذ لا ولاية له على مال الغير. ثم إن المير متفضل على المستعير محسن اليه بما بذله له، من الكريمة، والطباع الفاضلة، التي دعت اليها الشريعة الإسلامية، وأمرت بها، وسنت من الأحكام ما يحافظ عليها، ويضمن استمرارها بين الأفراد والمجتمعات. وعلى هذا فيجب على المستعير أن يحفظ المير المارة، بما يحفظ به مثلها، وأن يستخدمها في الغرض الذي أخذها لأجله. دون أن يتجاوز عرف الناس في الاستخدام. فإذا عين المير نوعاً من أنواع الانتفاع بالمارة فلا يجوز له حينئذ أن يتعدى ذلك التعمين إلى ما هو أكثر ضرراً، بل إن بعض الفقهاء تشدد في هذا الأمر كالإمام زفر من الأحناف مثلاً، حيث يرى أن المصير إذا عين نوع الانتفاع، فلا يجوز للمستعير ينشأ أن يخالف هذا التعمين، ولو إلى مثل ما عينه المير أو أخف منه، كما سيأتي بيان ذلك إن شاء الله عند الكلام على الإطلاق والتقييد في الباب الرابع من هذه الرسالة. (١)

وخلاصة القول : إن عقد المارة، يعطى المستعير الحق في استخدام المير المارة في الغرض الذي استعارها من أجله، على أن لا يتعدى عليها أو يقصر في حفظها، ولا يلزم خلافاً بين الفقهاء في ذلك. والتقصير في حفظ المير المارة، يكون في كل تصرفات الناس على اعتباره أهلاً للمير المارة، كتماريف الناس على أن من الإهمال، ترك زجاج نوافذ السيارة مفتوحاً

عند مفادرتها ، والسير بها دون مراقبة زيتونها ، أو ترك مفاتيحها ^{عليها} ونحو ذلك . والاعتداء على المين المارة يكون في جميع ما يخالف أحكام عقد المارة ، ومثال ذلك أن من أحكام المارة عدم جواز تأجير المين المارة إلا باذن المير ، فإذا أجرها المستمير بدون إذنه فهو متعدي بذلك ، وهكذا فكلما خالف المستمير حكما من أحكام عقد المارة كان بذلك متعديا .

الأمر الثاني / الاتفاق على المين المارة

اختلف الفقهاء في نفقة المين المارة هل تجب على المير أو على المستمير ، وفيما يلي تفصيل أقوالهم في ذلك :

أولا : ذهب المالكية ، إلى أن النفقة ان كانت مما يحتاج إلى جهد ^د ~~حال الإنفاق~~ على المين المارة ، فيجب على المستمير القيام بهذا الجهد . أما قيمة ما ينفق عليها فلهم فيه أربعة أقوال :

القول الأول : تجب قيمة النفقة على المير ، وإلى هذا القول ، ذهب الشافعية وأبو المال ، وصاحب كتاب الرعاية من الحنابلة ، وهو أحد الأقوال عند أبي المباس الحنبلي ، تخريجا على أحد الأوجه ، في نفقة الجارية الموصى بنفقتها عند الحنابلة (١)

١ - شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج ١٢٩/٦ ، محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ٥٠٣/٣ ، الدردير - الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي ج ٣٩٦/٣ ، الانصاري - اسنى الطالب شرح روض الطالب ج ٣٢٩/٢ ، ابن تيمية - الاختيارات الفقهية ١٥٩ .

القول الثاني : تجب نفقة المين المارة على المستمير والى هذا القول ،

ذهب الحلواني من الحنابلة ، وذلك نظرا الى أن الميمر فصل معروفا فلا يليق أن يشدد عليه ^(١) ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بأن المارة ، تملك منفعة بخير عوض ، أو إباحة منفعة على خلاف بين الفقهاء في ذلك سبق بيانه ، فالمارة على كلا القولين ، تبرع بالمنفعة ومن مقتضى التبرع ، أن لا يدفع المتبرع له عوضا عما تبرع له به . وعلى هذا ، فلا تجب على المستمير نفقة المين المارة ، لأنها لو كانت على المستمير لكان المقد عقد إجارة لا عقد عارية ، خاصة وأن النفقة قد تزيد في بعض الأحيان عن الاجرة ، أبان غلاء الاسعار وارتفاعها ، فتخرج المارة حينئذ عن المعروف الى الكراهة ^(٢) .

القول الثالث : ان نفقة المين المارة في عارية الليلة والليلتين ونحوهما ،

على الميمر وأما فيما زاد عن ذلك فعلى المستمير ^(٣) .

القول الرابع : ان نفقتها في عارية الليلة والليلتين على المستمير ، وفيما

زاد على ذلك فعلى الميمر ^(٤) .

ولم أجد فيما اطلعت عليه من كتب المالكية تعليلا للقولين الثالث والرابع ، حتى يمكن مناقشته ، ولعلمهم اننا أهبطوا التمليل لهما ، نظرا لرجحان القول الأول عندهم ، ومن ذكر ترجيح القول الأول منهم : السلموني ، والمدوي ، والدسوقي ، والصاوي ^(٥) .

١ - انظر المراجع السابقة ٢ - انظر المراجع السابقة

٣ - شرح الرقاني على مختصر الصلابة خليل ج / ١٣٦ / ١

٤ - محمد عيش - شرح منع الجليل على مختصر الصلابة خليل ج / ٥٠٣ / ٣

٥ - حاشية المدوي على شرح الخرشي ج / ١٢٩ / ٦ مطبوع بهامش شرح الخرشي حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣٩٦ / ٣ الصاوي - بلفظة المسالك لأقرب المسالك ج / ٢٠٨ / ٢

ثانيا : ذهب الاحناف الى ان نفقة المين المعارة نوعان : نوع يستهلك في الحال كالاكل والشرب للدابة ونحوها ، ونوع لا يستهلك الا بعد فترة معينة كاللبسة للخدم والمبيد ونحو ذلك ، فما كان مما يستهلك في الحال ، فيجب على المستمير ، وما كان مما لا يستهلك الا بعد فترة معينة ، فيجب على المعير . (١)

وفي التعليل لهذا القول يقول ابن عابدين : " قالوا : علف الدابة على المستمير ، لأن نفعتها له فنفقتها عليه . وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير ، لأن المارية غير لازمة ، وللمعير الرجوع عنها في كل حين فكان زمنها غير مستطيل عادة ، والكسوة تكون في الزمن المستطيل ، ألا يرى أنه شرط في ثوب الكسوة في كفارة اليمين ، ان يمكن بقاؤه ثلاثة أشهر فصاعدا ، والمنافع تحدث في كل آن ، وتتجدد في آن غير آن ، وقاؤه غير لازم ، وأن ذكر لها مدة ، فلولزمت المارية بقدرها لخروجها عن موضوعها ، ولو صح رجوعها لتضرر المستمير بذهاب كسوته من حصول انتفاعه . " (٢)

ويمكن أن يناقش استدلال الاحناف على وجوب النفقة التي تستهلك في الحال على المستمير بما نوقش به القول الثاني من الاقوال المروية عن المالكية .

والذي يظهر مما سبق أن المالكية ومن معهم من الفقهاء في القول الأول ، لا يفرقون بين النفقة التي تستهلك في الحال ، والتي لا تستهلك الا بعد فترة ، كما يفرق بينهما الاحناف وعلى هذا ، فالذي يظهر أنهم لا يخالفون الاحناف على هذا القول ،

-
- ١ - ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨٤ ، نظام الفتاوى الهندية ج ٤ / ٣٧٢ ، وامادا أفندي - مجمع الانهر شرح ملقى الابحرج ٢ / ٣٥١
 - ٢ - ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨٤

فى وجوب النفقة التى لا تستهلك فى الحال كالملايين ونحوها ، على المير ، وانما يخالفونهم فى النفقة التى تستهلك فى الحال فقط ، فالأحناف يقولون بوجودها على المستمير والمالكية ومن معهم فى القول الاول ، يقولون بوجودها على المير .
 ثالثا : قال القاضى ابو على النسفى ، حاكيا عن استاذة : ان المستمير

لا يجبر على الاتفاق على العارية ، لانه لا لزوم فى العارية ، ولكن يقال للمستمير انت احق بالمنافع فان شئت فاتفق ليحصل لك المنفعة ، وان شئت فخل يدك عنه اما ان يجبر على الاتفاق فلا^(١) . ومؤدى هذا القول كما يظهر ، ان نفقة العين المارة على المستمير دون المير ، الا انه لا يجبر على ذلك ، وانما يغير بين الاتفاق واستيفاء المنفعة ، وترك العين المارة . وعلى هذا فيمكن ان يناقش هذا القول بما نقّش به القول الثانى من الاقوال المروية عن المالكية والذى يظهر والله اعلم ان نفقة العين المارة مما يجب على المير دون المستمير كما هو القول الاول من الاقوال المروية عن المالكية ، وذلك نظرا الى ان النفقة من حقوق الملك ، فتجب على المير دون المستمير ، لانه المالك للعين المارة ثم ان النفقة لو كانت على المستمير ، لكان ذلك كرا ، على ان النفقة ربما اصبحت اكثر من الكرا فى زمن الخلاء فينتفى المحروف بذلك ويصير العقْد عقد كرا لا عقد عارية^(٢) . والله اعلم .

وبالانتهاء من هذا المبحث اكون قد انتهيت من الباب الثالث ، فارجو

ان اكون ممن وفق فى بحث مسائله ودراستها . والله المستعان .

(١) نظام - الفتاوى الهندية (٤ : ٣٧٢) .

(٢) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب (٢ : ٣٢٩) ، محمد عlish

شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣ : ٥٠٣) .

الباب الرابع : تقسيم العارية من حيث الصيغة : ٢٨٩

الفصل الاول : تقسيم العارية من حيث الصيغة الى مطلقة ومقيدة :

المبحث الاول : في الاطلاق والتقييد من حيث الزمان والمكان .

المبحث الثاني : في الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة .

المبحث الثالث : في الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة .

المبحث الرابع : في الاطلاق والتقييد من حيث جميع الوجوه

او بعضها .

المبحث الخامس : في ما ينشأ عن مجاوزة المستعير للتقييد

من أحكام .

المبحث السادس : في التصرفات التي يملكها المستعير في العين

المعارة .

الفصل الثاني : تقسيم العارية من حيث الصيغة ، الى جائزة ولازمة :

المبحث الاول : في العارية الجائزة من جانب المميز

والمستعير .

المبحث الثاني : في العارية اللازمة من جانب المميز

والمستعير .

المبحث الثالث : في العارية اللازمة من جانب المميز

والمستعير او العكس .

المبحث الرابع : في خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة حال

لزوم عقد العارية .

الفصل الاول : تقسيم الحارية من حيث الصيغة الى مطلقة ومقيدة :

تقسم الحارية بهذا الاعتبار الى قسمين ، مطلقة ومقيدة . ثم ان كلا من الاطلاق والتقييد اما ان يكون من حيث زمن الاعارة ومدتها ، او من حيث مكان استعمالها ، او من حيث المنتفع بها او من حيث نوع المنفعة التي يستوفيها المستعير ، او من حيث جميع هذه الالوجه او بعضها دون البعض الاخر .

وقبل ان نبين موقف الفقهاء من هذا التقسيم ، يجب ان اشير الى ان الحارية مهما كانت مطلقة فان اطلاقها لا يتمدى ، ما تعارف الناس عليه من حيث زمن الاستعمال او مكانه ، او تعيين المنتفع او نوع المنفعة ، فلا يمتنع اطلاقها ، ان يقوم المستعير باستيفاء المنفعة ، كيفما شاء دون قيد او شرط وانما يجب عليه ان يستوفى المنفعة في حدود ما تعارف عليه الناس واصطلحوا عليه ، فمهما كانت الحارية مطلقة فهي مقيدة من حيث المرف ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك ، انظر الى ما تقررونه عندهم من ان المعروف عرفا ، كالمشروط شرعا . (١)

-
- (١) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج/٤/٥٠٤ ، ابن نجيم - الاشباه والنظائر / ٩٩ وما بعدها ، الكاشاني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨/٣٩٠٠ ، شرح الخرشني على مختصر سيدي خليل ج/٦/١٢٥ وما بعدها ، الدردير - الشرح الكبير ج/٣/٣٩٣ وما بعدها مطبوع مع حاشية الدسوقي محمد عليش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج/٣/٤٩٦ . حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج/٣/٢١ ، الرطبي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج/٥/١٢٨ ، حاشية الشبرايطي على نهاية المحتاج ج/٥/١٢٨ المرادوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج/٦/١١٢ ، ابن عبد الوهاب حاشية المقنع ج/٢/٢٢٨ البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج/٤/٧٠ .

وإذا اتضح هذا فان موقف الفقهاء ، تجاه هذا التقسيم الذى ذكرناه للمارية ، يحتاج الى تفصيل ، سأحاول ايضاحه في المباحث التالية .

المبحث الاول : الاطلاق والتقييد من حيث الزمان والمكان

اولا :- الاطلاق والتقييد من حيث الزمان :

للاطلاق والتقييد من حيث الزمان وجهان :

الوجه الاول : الاطلاق والتقييد من حيث مدة الاعارة ، ووقت استعمالها ، فاذا قال المميز : اعرتك سيارتي ، بهذا الاطلاق ، دون ان يحدد لذلك مدة معينة كشهر ونحوه ، او يحدد وقتا خاصا للاستعمالها كالليل او النهار ، او ساعات ممدودة منهما ، فالمارية حينئذ مطلقة ، من حيث مدة الاعارة ووقت استعمالها .

اما اذا قال المميز : اعرتك سيارتي شهرا ، لتستعملها في النهار فقط ، فالمارية حينئذ مقيدة من حيث مدة الاعارة ، ووقت استعمالها .

الوجه الثاني : الاطلاق او التقييد من حيث مدة الاعارة دون وقت استعمالها - او العكس .

فاذا قال المميز : اعرتك سيارتي شهرا ، فهي مقيدة من حيث مدة الاعارة ، وهي الشهر ، مطلقة من حيث وقت الاستعمال ، حيث لم يحدد من الشهر ساعات معينة للاستعمال .

اما اذا قال المميز : اعرتك سيارتي لتستخدمها في النهار فقط ، دون ان يحدد مدة معينة للاعارة كشهر ونحوه ، فهي اعارة مطلقة من حيث المدة ، مقيدة من حيث وقت الاستعمال ، لتحديد ذلك ، بالنهار فقط .

ولا اعلم خلافا بين الفقهاء ، في ان المعير اذا اطلق عقد العارية من حيث الزمان ، فلم يحدد مدة معينة للاعارة ، او وقت خاص ، لاستعمال العين المعارة فان للمستعير حينئذ ، الحق في ان يستعمل ، العارية بناء على هذا الاطلاق الى ما شاء الله ، ما لم يرجع المعير عن العارية او يفسخ عقدها ، كما يحق له ان يستخدمها في اى وقت اراد ، على ان لا ينافي استعمالها في ذلك عرف الناس واصطلاحهم .

كما لا اعلم خلافا بين الفقهاء ، في ان المعير ، اذا قيد عقد العارية من حيث الزمان ، فحدد مدة للاعارة ووقتا معينيا للاستعمال او وقت الاستعمال دون مدة الاعارة او العكس ، فليس للمستعير في سائر الاحوال حينئذ ان - يتجاوز تقييد المعير في ذلك ، اطلاقا . وذلك نظرا الى ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف في حدود المباح فاذا اطلق المعير عقد العارية او قيده من حيث الزمان ، جاز للمستعير التصرف في المنفعة ، على الوجه الذى اجازه المعير ، لان المعير هو صاحب الحق في العين المعارة والمستعير يتصرف في ملكه ، فلا يحق له ذلك التصرف الا على الوجه الذى اذن له فيه ، من تقييد او اطلاق . (١)

(١) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٦ ، والمرغنيانى - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٩ / ١٢ / ١٣ مطبوع مع تكملة فتح القدير والعناية وحاشية سعدى ، على حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣١٢ وما بعدها ، مادة (٨١٦) الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٨ / ٣٩٠٠ / ٣٩٠٢ ، والجعلى - سراج السلك شرح اسهل المسالك ج ٢ / ١٦٨ حاشية الفدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩٣ / ٣٢٤ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٥ / ١٢٦ ، المحلى - شرح منهاج الطالبين -

ثانيا - الاطلاق والتقييد من حيث المكان :

اما الاطلاق والتقييد من حيث المكان فالامر فيه عند الفقهاء كالامر فسي الاطلاق والتقييد من حيث الزمان في الجملة ، اذ لا اعلم خلافا بينهم في ان المير اذا اطلق عقد المارية من حيث المكان ، فقال : اعرتك هذه السيارة ، كان للمستعير بناء على هذا الاطلاق ، ان يستخدم هذه السيارة في اى مكان شاء دون ان يتجاوز في ذلك عرف الناس واصطلاحهم ، وذلك لما اشرت اليه سابقا من ان المارية مهما كانت مطلقة فهي مقيدة بالمعرف المصطلح عليه بين الناس ، فكل ما قيده المرف فهو مشتق من الاطلاق .

اما اذا عين المير ، مكان الانتفاع ، بان قال : اعرتك هذه السيارة لتستخدمها في المدينة فقط ، او لتسافر عليها الى الطائف فقط ، فليس للمستعير حينئذ ان يتعدى هذا التقييد ، بخلاف اعلمه بين الفقهاء . وذلك نظرا لما سبق قبل قليل ، من ان المستعير ، لا يملك استيفاء منفعة المير المعارة ، الا من جهة المير لانه صاحب الحق فيها ، ومنه هنا فلا يحق له استيفاء تلك المنفعة الا على الوجه الذى اذن له فيه من تقييد او اطلاق . (٢)

= وانظر حاشية القليوبي عليه ج / ٢١ / ٣ مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي ومير ، الشربيني - الانتفاع في حل الفاظ ابي شعاع ج / ٣٠٥ / ١ الرملى - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٢١٤ وما بعدها ، ابن قدامة - المثنى ج / ١٧٠ / ١٦٩ / ٥ البهوتي - منتهى الارادات ج / ٣٩٥ / ٢ وما بعدها وكشاف القناع عن متن الانتفاع ج / ٦٨ / ٦٦ / ٤ .

إذا تبين هذا ، فيحسن بي ، أن أشير هنا إلى مسألتين تتعلقان بهذا

المبحث :

المسألة الأولى : في حكم المخالفة للتقييد من حيث المكان . إلى ما هو

مسئو للتقييد أو اخف . تبين قبل قليل ، أن المستمير لا يملك أن يتعدى تقييد الممير للمارية ، من حيث المكان ، إلا خلاف اعلمه بين الفقهاء في ذلك .

وله فـهل يجوز للمستمير ، أن يخالف تقييد الممير من حيث المكان

إلى ما هو مساو للتقييد أو اخف منه ، وذلك كما إذا عارض شخص سيارته إلى بلدة

تبعد بـمـين كيلومترا فـهل يجوز للمستمير أن يذهب بها إلى بلدة أخرى تبعد نفس

المسافة وتساوى معها ، في حوزة الطريق وسهولته أو إلى ما هو أقرب من تلك

المدينة وأسهل طريقا .

الواقع ، أن الممير ، إما أن يقيد المارية من حيث المكان ، ونهى في نفس

الوقت عن المخالفة ، إلى ما هو مساو للتقييد أو اخف ضررا منه ، وإما أن لا ينهى

عن ذلك .

فإن نهى عن المخالفة لتقييده من حيث المكان ، إلى ما هو مساو ،

فظاهر ما ذهب إليه عـلمة الفقهاء المذاهب بعدم جواز المخالفة حينئذ ، وإن لم

يكن للنهى عن ذلك فائدة ظاهرة .

وذلك نظرا إلى أن الحق في المين المارة ، لما لكها ، وهو الممير

فجاز ما أذن فيه واعتبر ما نهى عنه " (١) أما إذا قيد الممير المارية من

(١) انظر ص من هذه الرسالة ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح

كـزالـدقائق ج ٢/ ٢٨١/ ٢٨٢ على حيدر - درر الحـكام شرح مجلة الاحكام =

حيث المكان ^{نفس} ولم ينهى في نفس الوقت عن مخالفة القيد الى ما هو مساو له
او اخف ضررا منه فلفقها في ذلك وقولان :

القول الاول : ان المخالفة الى ما هو مساو للقيد او اخف منه جائزة شرعا ، والى هذا
ذهب المالكية في احد القولين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه كل من الشافعية
والحنابلة والذي يبدو ان للحناف رواية في هذا القول ، لما سيأتي في القول
الثاني . (١)

القول الثاني :

عدم جواز مخالفة التقييد من حيث المكان وان كانت المخالفة الى ما
هو مساو للقيد او اخف منه ضررا ، والى هذا ذهب المالكية في احد القولين عنهم ،
وهو القول المعتمد عندهم كما ذكر ذلك الدسوقي .

ج / ٣٢٢ / ٢ وما بعدها ، مادة (٨٢٠) شرح الخرشي على مختصر سدي خليل
ج / ١٢٥ / ٦ ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢٠٧ / ٢٠٦ / ٢ محمد علي - شرح
شرح منح الجليل علي مختصر العلامة خليل ج / ٤٩٤ / ٤٨٧ / ٣ الن - صوي
المنهاج ج / ٢٦٨ / ٢ مطبوع مع شرحه مثنى المحتاج للشيبيني وانظر ما قاله
الشيبيني في ذلك ايضا من نفس الصفحة ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض
الطالب ج / ٣٣٠ / ٢ ، ابن قدامة - المعنى ج / ١٦٩ / ٥ ، البهوتي - كشف
القناع عن متن الاقناع ج / ٢٢ / ٤ .

(١) الدردير - الشرح الكبير ج / ٣٩٣ / ٣ ما بين بهامش حاشية الدسوقي ، وانظر
حاشية الدسوقي ايضا في نفس الصفحة من المجلد الثالث . شرح الخرشي على مختصر
سدي خليل ج / ١٢٥ / ٦ ، لاوريلي - لاناوار لاعمال الابراج ج / ٥٢٣ / ١ ، الشيرازي
المهذب ج / ٣٧١ / ١ ، الانصاري - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب -
ج / ٩٤ / ٢ مطبوع بهامش حاشية الشرقاوى عليه ، وانظر ايضا هذه الحاشية في نفس الصفحة
والمجلد المرادى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ١١٢ / ٦ ، ابن قدامة
المعنى ج / ١٦٨ / ١٦٧ / ٥ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٢٦ / ٤ ،
المرادى - الانصاف ج / ٥٥٠ / ٦ .

اما الاحناف فقد ذكر ابن عابدين ما يدل على قولهم بهذا القول
فذكر لذلك صورتين :

الصورة الاولى : اذا استعار شخص دابة الى مكان ما ، فلا يجوز الذهاب بها
الى غيره ، ولو كان اقرب منه مسافة .

الصورة الثانية : اذا استعار شخص دابة للذهاب الى مكان معين فلا يجوز له ، اسماها
وعدم الذهاب عليها اليه .

والذى يلاحظ هنا ان في كلتا الصورتين ، مخالف ، الى ما هو اخف
من القيد .

ولهذا ، استشكل ابن عابدين ، ذلك لان الاصل عندهم جواز -
المخالفة ، الى مثل المقيد او الى ما هو اخف منه ضررا ، اذا كانت ، المارسة
مقيدة من حيث نوع الانتفاع .

ولعل هذا الامر هو ما جعل ابن عابدين يحاول ان يخرج قول آخر
للاحناف بجواز المخالفة في الصورة الثانية من الصورتين السابقتين . (٦)

والذى يظهر لي ان تخريج قول بجواز المخالفة ، في احدى الصورتين
الى ما هو اخف ، تخريج : لقول في الصورة الاخرى ايضا ، لان المهم
هو جواز المخالفة ، او عدم جوازها ، فاذا خرج جوازها ، فلا فرق بين صورة وصورة

(١) المراجع السابقة للملكية ، ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخير
تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤١٦ / ٤١٧ نظام - الفتاوى الهندية
٣٦٥ / ٤ / ع

خاصة وان التقييد في كلتا صورتين تقييد للمارية من حيث المكان •
هذا ولقد استدل المالكية على القول بعدم جواز مخالفة التقييد
من حيث المكان الى ما هو مساو للقيود او اخف منه ، بقياس المارية على الاجارة
في ذلك •

وفي الاجارة لا تجوز مخالفة التقييد من حيث المكان الى ما هو مساو
له او اخف منه لما في ذلك من فسخ المنافع في مثلها ، وهو فسخ دين في دين ،
وذلك لا يجوز • (١)

ويمكن ان يناقش هذا القول ، بأنه قياس مع الفارق لان المارية تمليك
للمنافع بغير عوض ، او اباحة للمنفعة على خلاف في ذلك بين الفقهاء سبق
بيانه ، واما الاجارة فتتمليك للمنافع بموضع •

ثم ان المفاوضات مبنية في الغالب على المشادة ، والمضايقة ومن هنا
منع فيها الفرر والجهالة في الجملة وكل ما يقضى الى المنازعة ، بينما التبرعات
مبنية على المسامحة والمساهلة ، ولذلك لم تمنع الجهالة فيها صحتها
عند الفقهاء • (٢)

عليه ، فالذي يظهر لي ان الراجح من القولين : القول الاول ، وهو
جواز مخالفة تقييد المير من حيث المكان ، الى ما هو مساو للقيود او اخف منه ،

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩٣ وانظر الشرح الكبير بهامش
هذه الحاشية ، الصاوي بلفظ السالك ، لا قرب المسالك ج ٢ / ٢٠٧ •

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٢٥ شرح الزرقاني
على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٣٢ •

وذلك نظرا الى ان الفائدة من تقييد المير للمارية من حيث المكان انما هي للامتناع عما هو اكثر ضررا مما قيدت به فاذا ما استوفى المستمير المنفعة بما هو مساو للقيود او اخف منه ضررا فلا تعتبر المخالفة حينئذ ذات اثر لانقضاء ما من اجله قيد المير المارية به ، فهو وان لم يسمح بالمخالفة الى مثل الممين ، او الى ما هو اخف منه صراحة ، الا انه يحتر سامحا بذلك دلالة (١)

المسألة الثانية :

حكم استخدام المارية اثناء العودة بها من المكان الذي اعيدت اليه . اذا اعار الانسان سيارته الى مكان ممين ، ولم يتمرض لرجوع المستمير عليها من ذلك المكان ، فهل يكون لمن استعارها حق العودة عليها ام ان عقد المارية يعتبر منتهيا بالوصول الى ذلك المكان فلا يحق له العودة عليها . الواقع ان فقهاء الاحناف والشافعية ، يرون ان للمستمير حق العودة على السيارة وان لم يتمرض المير الى ذلك ، خلافا للاجازة عندهم في هذا الامر . (٢)

(١) المرجعين السابقين ، الارجيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢٣ ، الشيرازي المذهب ج / ١ / ٣٧١ الانصاري - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب ج / ٢ / ٩٤ مطبوع بها حاشية الشرقاوى عليه وانظر هذه الحاشية ايضا ، نفس المجلد والصفحة . ابن قدامه - المثنى ج / ٥ / ١٦٧ / ١٦٨ البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٦٩ .

(٢) الحصكفي - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج / ٨ / ٤١٣ / ٤١٤ ، مطبوع مع حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ، انظر نفس الصفحتين من التكملة . نظام الفتاوى الهندية ج / ٤ / ٣٦٤ الرملی - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٧ ، حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج / ٢ / ٩٤ حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٣ / ٤٥٩ .

وذلك نظرا الى ان رد المين المصاراة ، وما يترتب على ذلك من مؤنة
 امر لازم على المستعير ، وعلى هذا ، فيتناول الاذن بركوب السيارة في الذهاب
 الركوب في المدة عرقا بخلاف الاجارة فان مؤنة ردها على المومجر ، لا على
 المستأجر (١) ولان " الاستعارة تملك المنفعة بلا عوض وفي التبرع تجرى المسامحة
 فاما الاجارة فتملك بموض وبمضى ذلك المشايقة " (٢)

اما الحائبة والمالكية ، فلم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم قولاً -
 صريحا في هذه المسألة . الا ان الذي يبدو انهم لا يخالفون الاحناف والشافعية
 في ذلك لانهم يقولون :

بالزام المستعير برد المين المصاراة عند انتهاء عقد المارية ، وان تكلف
 في ذلك مؤنة فهي عليه . (٣) وهذا الامر هو ما استدله الاحناف والشافعية
 على جواز ما نحن بصدده .

وعلى هذا فلا يبعد ان يكون قولهم في هذه المسألة كقول
 الشافعية والاحناف فيها ، والله تعالى اعلم .

(١) المراجع السابقة .

(٢) ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار
 ج ٨ / ٤١٤ .

(٣) البهوتى - كشف النزاع عن متن الاقتناع ج ٤ / ٧٣ .

الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩٦ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي
 عليه ، وانظر حاشية الدسوقي ايضا ج ٣ / ٣٩٦ .

المبحث الثاني - الاطلاق والتقييد من حيث المنتفع :

باستقرا^١ نصوص الفقهاء حول الاطلاق والتقييد من حيث المنتفع
يتضح ان للمارية بهذا الاعتبار اربع صور ، وهي كمايلي :

الصورة الاولى : ان يأذن المميز اذنا صريحا للمستشير في الانتفاع بالعين المماراة
بنفسه وبغيره وذلك كأن يقول له مثلا : اعرتك هذه السيارة للركوب ولك ان -
تديرها لغيرك . (١)

الصورة الثانية : ان ينهى المميز المستشير نهيا صريحا عن اعطاء العين المماراة
لغيره لينتفع بها ، باعارة او نحوها وذلك كما اذا قال : اعرتك هذه الدار
لتسكنها انت ولا تسكن احدا غيرك فيها باعارة او نحوها . (٢)

الصورة الثالثة : ان يعين المميز المستشير للانتفاع بالعين المماراة دون ان يأذن
له باعطائها لمن ينتفع بها باعارة او نحوها ولا ان ينهاء عن ذلك صراحة
وذلك كما اذا قال : اعرتك هذه الدار لتسكنها انت . (٣)

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨١ / ٢٨٢ على حيدر
درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٢ وما بعدها مادة ٨٢٠ .
شرح الخرشي على مختصر بيدي خليل ج / ٦ / ١٢٥ ، الدردير - الشرح الصغير
ج / ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ مطبوع بهامش بلغة السالك حاشية القليوبي على منهاج الطالبين
ج / ٣ / ١٨ ، الرملی - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١١٩ ، ابن قدامة
المثنى ج / ٥ / ١٦٩ البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٧٢ .
(٢) المراجع السابقة .

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠ نظام - الفتاوى
الهندية ج / ٤ / ٣٦٤ على حيدر درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٢ وما
بعدها مادة ٨٢٠ .

الصورة الرابعة :

ان لا يمين الممير المستمير للانتفاع باليمين الممارسة دون غيره
صراحة ولا يأذن له بالاعارة لغيره ولا ينهاء عن ذلك صراحة ، كما اذا قال : اعرتك
هذه الدار للسكنى او هذه الدابة للركوب . (١)

واذا تبينت هذه الصور الاربع ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان الممير
اذا قال : اعرتك هذه السيارة للركوب ولك ان تميرها لغيرك كما هو الامر في
الصورة الاولى فان الممارسة حينئذ تعتبر مطلقة من حيث المنفعة ، سواء اكانت
اليمين الممارسة ، مما يختلف باختلاف المستعملين كالادابة للركوب ونحوها
او مما لا يختلف باختلافهم كالدار للسكنى في الغالب ونحو ذلك .

وهل هذا ، فيحق للمستمير في هذه الحال ، ان ينتفع باليمين الممارسة
بنفسه او يديرها لغيره ، فلا يمتنع المنتفع بالمستمير فقط نظرا للاذن الصريح
بذلك من الممير .

كما لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان الممير اذا انتهى المستمير عن اعطاء
اليمين الممارسة لغيره لينتفع بها كما في الصورة الثانية ، فان الممارسة
تعتبر مقيدة من حيث المنتفع بالمستمير ، فلا يجوز للمستمير الا الانتفاع بنفسه
فقط ، دون ان يأذن لغيره بالانتفاع باعارة او نحوها ، سواء اكانت الممارسة مما
يختلف باختلاف المستعملين كالشوب ونحوه ، او مما لا يختلف باختلاف
المستعملين كالدار ونحوها وذلك نظرا الى ان الحق في يمين الممارسة

لمالكها وهو الممير ، فجاز ما اذن فيه واعتبر ما نهى عنه . (١)
 اما اذا قال الممير : اعرتك هذه الدار لتسكنها انت ، فممن المنتفع -
 بالمستعير دون ان ينهاء نهيا صريحا عن الاعارة لغيره كما في الصورة الثالثة .

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٢٨١ / ٢٨٢ على
 حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٢ مادة (٨٢٠) محمد
 عيش - شرح منح الجليل على مختصر المالمة خليل ج ٣ / ٤٨٧ / ٤٩٤ ،
 الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ الشريفي - معنى المحتاج الى
 صرفه معنى الفاظ المنهاج ج ٢ / ١٢٦٤ الانصاري - انصاف الطالب شرح روض
 الطالب ج ٢ / ٣٢٥ - ابن قدامة - المغني ج ٥ / ١٦٩ ، البهوتي كشف
 القناع عن متن الاقتناع ج ٤ / ٧٢ .

ولعل من المفيد ان نذكر هنا ان للمستعير في المارية المطلقة او المقيدة من حيث
 المنتفع ، ان يباشر الانتفاع بالمعين المعارة بنفسه او ان يامر من يستوفيهما له ممن
 يقوم مقامه في ذلك كوكيله او خادمه او نحوهما ، فلو استمار شخص سيارة لنقل
 عفشه او بضاعته من مكان الى اخر ، فليس من الضروري ان يباشر نقل ذلك بنفسه
 وانما له ان يامر من يقوم مقامه في مباشرة ذلك ، واذا كانت المارية مقيدة ممن
 حيث المنتفع فلا يعتبر في هذا التصرف شيء من المخالفة لتقييد المارية
 لان المباشر لاستيفاء المنفعة ليس منتفعا اخر ، وانما هو نائب عن المستعير
 فلا يكون في مباشرته لذلك مخالفة لتقييد المارية من حيث المنتفع والى هذا
 ذهب الشافعية والحنابلة وهو ظاهر ما ذهب اليه كلا من الاحناف والمالكية . انظر
 في هذا ، الشيرازي - المذهب ج ١ / ٣٧١ الرملي - نهاية المحتاج ج ٥ /
 ١١٩ ابن قدامة - المغني ج ٥ / ١٦٨ البهوتي - كشف القناع ج ٤ / ٦٩ ،
 اما دافندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج ٢ / ٣٥١ الرغفاني -
 الهداية وشرح بداية البتدي ج ٩ / ١٨ / ١٧ - شرح الخرشى على مختصر سيدي
 خليل ج ٦ / ١٢٨ . التسولي - البهجة شرح التحفة ج ٢ / ٢٧٧ ، الحطاب -
 مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٢ / ٢٧٢ .

او قال : اعرتك هذه الدابة للركوب او هذه الدار للسكنى كما في الصورة الرابعة ، دون ان يأذن ادنا صريحا بالاطلاق من حيث المنتفع ، ولا ان ينهى عنه نهيا صريحا .

فهل تعتبر العارية في هاتين الصورتين مطلقة من حيث المنتفع ، فيجوز للمستعير ان ينتفع بالعارية بنفسه وان يأذن لغيره بالانتفاع بها طالما ان المميز لم ينهى ^{ينهى} عن الاطلاق نهيا صريحا .

ام ان العارية مقيدة فيها فلا يحق للمستعير الا الانتفاع بنفسه فقط طالما ان المميز لم يأذن ادنا صريحا بالاطلاق من حيث المنتفع .
الواقع ان للجواب على هذه التساؤلات عند الفقهاء تفصيلا ، سـاحاول بيانه فيما يلي :

اولا :- ذهب الاحناف الى التفريق في هاتين الصورتين ، بين ما اذا كانت المين العارية ، مما يختلف باختلاف المستعملين كالدار للسكنى ، والصناديق - لحفظ النقود ونحوها ، وما اذا كانت مما يختلف باختلاف المستعملين كالدابة للركوب والثياب للباس ونحو ذلك .

فاذا كانت المين العارية مما يختلف باختلاف المستعملين ، ولم ينهى ^{ينهى} المستعير عن اعارتها صراحة ، فالعارية عندهم مطلقة من حيث المنتفع سواء اعين المميز المستعير للانتفاع فقال : اعرتك هذا الصندوق لتضع فيه ، نقودك انت ، او لم يعينه كما اذا قال : اعرتك هذه الدار للسكنى .

ومعنى هذا ان للمستعير في عارية ما لا يختلف باختلاف المستعملين ان ينتفع بنفسه وان يأذن لغيره بالانتفاع ، سواء اعين المميز المنتفع بالمستعير ام لم يعينه ، الا اذا نهى المميز نهيا صريحا عن

اعطائها لغيره . (١)

وانما لم يتمين المنتفع بالمستعير ، حتى وان عينه المميز ، نظرا الى ان المين المارة ، لما كانت مما لا يختلف باختلاف المستعملين ، كان تعيين المنتفع امرا لا فائدة فيه . لان الغالب تساوى الناس في مستوى الانتفاع بما لا يختلف ، وعدم تنافيرهم في ذلك عادة ، فاستعمال البيت مثلا للسكنى لا يتفاوت في الغالب من شخص لآخر ، وكذلك اعارة الصندوق لحفظ النقود او اعارة الارض لحبس الماشية فيها ، ونحو ذلك ، فاذا كان استعمال هذه الاعيان ونحوها لا يتفاوت من شخص لآخر ، فان الضرر الناتج عن استعمال المستعير الاول لها ، مساو للضرر الناتج عن غيره في الغالب ، واذا استوى الضرر فلا فرق بين ان يستعملها المستعير بنفسه او ان يأذن لغيره في استعمالها . (٢)

واما اذا كانت المين المارة مما يختلف باختلاف المستعملين كالشوب ونحوه فاما ان يعين المميز المنتفع ، بالمستعير ، واما ان لا يعينه . فان عين المميز المنتفع بالمستعير ، فقال : اعرتك هذا الشوب لطبسه انت ، فالمارة حينئذ مقيدة من حيث المنتفع ، فلا يحق للمستعير الا الانتفاع بنفسه فقط ، ودون ان يأذن لغيره بذلك . (٣)

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠١ ، نظام - الفتاوى الهندية ج ٤ / ٣٦٤ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٦ على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٢ وما بعدها مادة (٨٢٠) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) ابن عابدين حاشية قوة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٩٤ ، ابن نجيم - لمبحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ / ٢٨١ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٦ على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٢ وما بعدها مادة (٨٢٠) .

وانما تعين المنتفع هنا بتعيين المميز ، نظرا الى ان العارية لما كانت
 مما يختلف باختلاف المستعملين كان تعيين المميز للمنتفع بالمستجير مفيدا ، لتفاوت
 درجة استعمال العين المعارة في هذه الحال من شخص لآخر فاعتبار تعيين
 المنتفع هنا ، لدفع احتمال ان يكون من سوى المستجير اكثر ضررا منه على العين
 المعارة ، ولما كان المميز راضيا باستعمال المستجير وما يترتب عليه من ضرر
 وغير راضى باستعمال غيره لزم اعتبار التعيين لدفع زيادة الضرر عن المميز . (١)
 اما اذا لم يعين المميز المنتفع في عارية ما يختلف باختلاف المستعملين
 فللاحناف في الاطلاق والتقييد من حيث المنتفع قولان :

القول الاول :

ان المميز اذا قال في عارية ما يختلف باختلاف المستعملين
 اعرتك هذا الثوب ، او اعرتك هذه الدابة للركوب دون ان يعين المنتفع بالمستجير
 صراحة ، فان العارية حينئذ لا تعتبر مطلقة من حيث المنتفع والتالي فلا يحق
 للمستجير في هذه الحال الا الانتفاع بنفسه فقط دون ان يأذن لغيره بالانتفاع .
 وعلى هذا فلا تعتبر العارية عند هم على هذا القول ، عارية مطلقة من حيث
 المنتفع الا اذا اذن المميز بذلك صراحة ، فقال : اعرتك هذه الدابة للركوب ولك
 ان تركبها من تشاء ، اما اذا لم يصرح بذلك ، فهي مقيدة بالمستجير ، سواء أُعِين
 المنتفع فقال : اعرتك هذه الدابة لتركبها انت ، او لم يعينه ، كما اذا قال : اعرتك
 هذا الثوب ، او هذه الدابة للركوب ، قياسا على الاجازة في كل ذلك . (٢)

(١) المراجع السابقة .

(٢) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج / ٤ / ٥٠٤ ، الزيلعي - تبين
 الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٦ ، حاشية الطحطاوى على الدر المختار ج / ٣ / ٣٨٢
 على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣١٩ / ٣٢٠ مادة (٨١٩) .

القول الثاني : ان العارية التي تختلف باختلاف المستعملين ، تعتبر عارية مطلقة من حيث المنتفع يقول المصير : اعرتك هذا الثوب ، او اعرتك هذه الدابة للركوب ، وان لم ياذن اذنا صريحا بالاطلاق من حيث المنتفع طالما انه لم يعينه ولم ينه ^{يصل} عن الاطلاق .

ومضى هذا القول ان للمستعير هنا ، ان ينتفع بالعين المارة بنفسه او ان يأذن لغيره بالانتفاع بها ، فلا يتمين المستعير للانتفاع دون غيره .

وذلك نظرا الى ان العين المارة ، وان كانت ما يختلف باختلاف المستعملين ، الا ان المصير لما قال : اعرتك هذا الثوب للبس ، فلم يعين المنتفع بالمستعير ، ملك المستعير منفعة العارية على هذا الوجه فكان له الخيار في ان يعين المنتفع بنفسه او ان يعينه بمنفع آخر لينتفع بها في حدود ما استعمار العارية من اجله ما هو متعارف عليه بين الناس . (١)

ولعل هذا القول هو الراجح لان من ملك شيئا ملك ان يملكه لغيره والعارية كما سبق تملكك للمنفعة بغير عوض كما ذهب الى ذلك الاحناف فملكك المستعير تملكها لغيره ، وملك هذا الحق هو الاصل عند الاحناف ومن هنا قالوا : العارية تملك لا اباحة .

(١) البابرتي - العناية عن الهداية شرح بداية المبتدى ج ١٣ / ٩ مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير القاضى زيادة ، حاشية الشلبى على تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج ٨٦ / ٥ مطبوع بهامش تبين الحقائق ابن نجيم - البحر الرائق شرح كز الدقائق ج ٢٨١ / ٢ . الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٣٩٠ / ٨ على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٣١٩ / ٢ / ٣٢٠ مادة رقم (٨٩٩) .

ولا يمكن ان يقال ان في اعطاء المستمير المارية التي تختلف باختلاف المستميرين لمنفعة آخر ، ليستوفى منافعها على سبيل المارية ، ضرر بالمعير ، وهو لا يرضى بذلك الضرر ، لان المعير يعتبر راضيا بهذا الضرر اذ قد ملك المارية على وجهه ، ليس فيه تعيين للمنتفع بالمستمير ولا نهى صريح عن الاطلاق من حيث المنتفع وفي هذا دليل على رضاه بذلك اذ لو لم يكن راضيا لعين اونهى فلما لم يعين ولم ينهى والاصل ان من ملك شيئا ملك تملكه لغيره ، كان للمستمير حينئذ ان يملك منفعة المارية لغيره في حدود ما استمارها لاجله .

واما ما استدل به اصحاب القول الاول من قياس الاعارة على الاجارة في ذلك فيبدو فيما يظهر لي والله اعلم ، ان هناك فرقا بين الاعارة والاجارة في ذلك .

اذ انما اشترط تعيين المنتفع ، او التصريح بالاطلاق من حيث المنتفع في اجارة ما يختلف باختلاف المستميرين لما يترتب على عدم التعيين والتصريح حينئذ من الجهالة التي تؤثر في عقد الاجارة وما شاكلها من العقود اللازمة . (١)

واما عقد المارية ، فعقد تبرع غير لازم فلا تؤثر فيه الجهالة ، بدليل صحة عقد المارية مع جهالة المدة حال الاطلاق من حيث الزمان ، والتالي فلا يترتب على عدم التعيين فساد عقد المارية بخلاف الاجارة واذا لم يترتب

(١) المحكفي - الدر المختار على متن تنوير الابصار ج ٢٢ / ٥ مطبوع بهامش رد المحتار لبن عابدين ، وانظر ايضا رد المحتار من نفس الصفحة والمجلد ، قاضي زادة - نتائج الانكار في كشف الرموز والاسرار " تكملة شرح فتح القدير " ج ٩ / ٨٣ مطبوع مع الهداية والمنهاية وحاشيته سعدى .

على جهالة المنتفع ، فساد عقد المارية ، فمعنى هذا ان تبقى المارية مطلقاً من حيث المنتفع كما بقيت مطلقة من حيث الزمان مع جهالة المدّة ، لعدم فسادها بذلك (١)

واذا ثبت بما سبق ان المستمير ، مخير بين ان ينتفع بنفسه او ان يأذن لغيره بالانتفاع ، حال اطلاق عقد المارية من حيث المنتفع صراحة او دلالة ، سواء اكانت المارية ما يختلف باختلاف المستميرين او ما لا يختلف باختلافهم ، فهل للمستمير حال كونه مخيراً ، بين الانتفاع بنفسه او بغيره ان يستخدم الميعر المارة ثم يعيرها لغيره او ان يعيرها لغيره ، ثم بعد ان يستردها هل له ان يقوم باستخدامها ام ليس له ذلك .
للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : ان المستمير اذا كان مخيراً بين الانتفاع بنفسه او بغيره فاختار الانتفاع بنفسه وانتفع بالفعل بالعين المارة تمين حينئذ للانتفاع ، فلا يحق له بعد ذلك ، ان يأذن لغيره باستخدامها وان اختار اعارتها فانتفع بها المستمير الثاني ، تمين المنتفع به ، فليس للمستمير الاول ان يستخدمها بعد انتفاع المستمير الثاني ، وان استخدمها فهو متعمد بذلك فيضمن لو تلفت قياساً على الاجارة في ذلك .

ومن قال بهذا القول من الاحناف ، فخر الاسلام البزدي ، والصادر

(٢) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كز الدقائق ج ٢ / ٢٨٠ الكاساني -
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٨٩٩ .

الشهيد والى تصحيحه ذهب صاحب الكافي منهم . (١)

القول الثاني : أن المستمير إذا كان مخيراً بين الانتفاع بنفسه أو بغيره فلا يتمين للانتفاع باستخدامه اللعين المحارة ، بل له بعد أن ينتفع بها أن يعيرها لغيره وكذلك الأمر فيما إذا أعارها لغيره قبل أن ينتفع بها فلا يعتبر انتفاع المستمير الثاني ، تعييناً للمنتفع بل للمستمير الأول ، أن يطلبها منه ، وينتفع بها فمن استمار دابة للركوب مثلاً ، فأعارها لغيره ثم أعادها بعد أن انتفع بها ، فلمستمير الأول أن يركبها ولا يعتبر انتفاع المستمير الثاني مانعاً من انتفاع المستمير الأول كما لا يعتبر انتفاع المستمير الأول مانعاً من إعطائها لغيره لينتفع بها .

ومن ذهب إلى هذا القول من الأحناف ، شيخ الاسلام خواهرزادة ، والاتقاني ، وشهاب الدين أحمد الشلبي وشمس الائمة المرخسي ، ومحمد علاء الدين أفندي نجل ابن عابدين . (٢)

ولقد قال الشلبي مستنداً على ترجيح هذا القول : " وهذا ، أصح عندي لأن المستمير من المستمير ، إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لأنه استعمل الميمن

(١) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق للزحلی ج ٨٦/٥ مطبوع بهامش تبیین الحقائق ، الحصكفي - الدر المختار على متن تنوير الابصار ج ٥٠٤/٤ مطبوع بهامش رد المحتار ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح كز الدقائق ج ٢٨١/٧ ، ابن عابدين - حاشية قرّة عیون الاخبار تكملة رد المختار ج ٣٩٥/٨ ، البابرتي - المنایة على الهدایة شرح یدایة المبتدی ج ١٣/٩ مطبوع مع تكملة فتح القدير والهدایة وحاشيته سمدی الزحلی - تبیین الحقائق شرح كز الدقائق ج ٨٦/٥ . (٢) انظر المراجع السابقة .

بإذن المستعير " الاول " وتمليكك ، فلان لا يضمن اذا ركه بعد ذلك ، واولسـه بالطريق الاولى ، لانه استعمله بالملك لانه لو لم يملك لما ملك غيره (١) .
ولعل هذا هو الصواب ، لما ذكره الشلبي والله اعلم .
والى هنا اصل الى ختام الكلام عن رأى الاحناف في الاطلاق والتقييد من حيث المنتفع املا ان اكون ممن وفق في عرض ذلك .

ثانيا : - ذهب المالكية الى ان المصير اذا قال : اعرتك هذه الدار للسكنى ، او هذه السيارة للركوب دون ان يعين المنتفع بالمستعير صراحة او دلالة ، فالعمارة حينئذ مطلقة من حيث المنتفع ، وبالتالي فالمستعير في هذه الحال ، ان ينتفع بالعين الممارة بنفسه او ان يأذن لغيره بالانتفاع بها ، سواء اكانت العين الممارة مما يختلف باختلاف المستعملين او مما لا يختلف (٢) .
وذلك نظرا الى ان المعبر ، لما ملك المستعير منفعة العين الممارة واطلق المقدم فلم يعين المنتفع بالمستعير صراحة او دلالة ملك المستعير حينئذ منفعة العين الممارة على هذا الوجه ، فجازله ان ينتفع بها بنفسه ، او ان يأذن لغيره بالانتفاع بها ، اذ ان من ملك شيئا جازله ان يملكه لغيره .
الا ان اعارة المستعير عند المالكية وان كانت صحيحة ، في هذه الحال ، فهي مكروهة عندهم ، ولملهم انما كرهوا ذلك لاحتمال ان يكون المصير غير راض بالاطلاق من حيث المنتفع لعدم اذنه بذلك صراحة (٣) . اما

(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج ٨٦/٥ مطبوعة بهامش تبين الحقائق ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٣٩٥/٨ .
(٢) الجملى - سراج السالك شرح اسهل المسالك ج ١٦٧/٢ ، شرح الخرسي على مختصر سيد خليل ج ١٢٦/٦ ، النفراوى - التواكه الدواني على رسالة ابى زيد القيرواني ج ٢٣٥/٢ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢٠٦/٢٥٥ مطبوع - بهامش بلغة السالك حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣٨٩/٣ .
(٣) انظر المراجع السابقة .

لتبليغ انت دون غيرك

اذ اعين المميز المنتفع بالمستعير صراحة ، فقال : اعرتك هذا الثوب للبس
او هذه الدار للتسكن او عينه دلالة ، فقال : لولا اخوتك لما اعرتك هذا
المنزل ، او هذا الثوب ، فالعارية في هذه الحال مقيدة من حيث المنتفع ، سواء
اكانت مما يختلف باختلاف المستعطين او مما لا يختلف .

وعلى هذا فليس للمستعير هنا ، الا الانتفاع بنفسه فقط ، دون أن
يأذن لغيره بذلك . (١)

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك ، نظرا الى ان المميز متبرع بمنفعة العارية
للمستعير ، والتبرع لا يعتبر صحيحا ما لم يكن المتبرع راضيا به ، فاذا عين
المميز المستعير للانتفاع ، كان ذلك دليلا على رضاه ، بانتفاع المستعير
دون غيره ، فيجوز انتفاع المستعير ، لرضا المميز بذلك ، ولا يجوز انتفاع غيره
لدلالة التمييز على عدم الرضا بالاطلاق اذ لو كان المميز راضيا به ، لما
عين المنتفع .

ثالثا : — ذهب الشافعي والحنابلة الى ان العارية تنعقد مقيدة من حيث
المنتفع بالمستعير ، سواء اعين المميز المنتفع فقال : اعرتك هذا
الدار لتسكنها انت ، او لم يمينه ، كما اذا قال : اعرتك هذا الثوب
للبس ، وسكت .

ولا فرق في ذلك بين ان تكون المين العارية ، مما يختلف باختلاف
المستعطين او مما لا يختلف باختلافهم ، وعلى هذا ، فلا يحق للمستعير عند هم في

(١) انظر المراجع السابقة .

هذه الحال ، الا الانتفاع بنفسه فقط دون ان يأخذ لغيره بذلك (١) . ولا
يعنى هذا ، ان المارية عند الشافعية والحنابلة لا تكون مطلقة من حيث
المنتفع بل قد تكون كذلك متى ما اذن المير بالاطلاق صراحه
فقال : اعرتك هذه الدار لتسكنها بنفسك ولك ان تعيرها لمن تشاء
كما سبق وان اشرت الى ذلك . (٢)

(١) وفي وجه عند الشافعية ، ان للمستعير ان يعير المير المحارة لغيره ، اذا
لم يمين المير المنتفع بالمستعير الا ان المعتد خلاف ذلك ، وفي هذا يقول
الشيرازى في المذهب " ومن استعارينا جازله ان يستوفى منفعتها بنفسه ،
ووكيله ، لان الوكيل نائب عنه ، وهل له ان يعير غيره فيه وجهان ، أحدهما
يجوز كما يجوز للمستاجر ان يؤجر والثاني لا يجوز وهو الصحيح ، لانه اباحة فلا
يملك بها الاباحة لغيره ، كإباحة الطعام وخالف المستاجر ، فانه يملك المنافع
ولهذا يملك ان يأخذ عليه الموضع فملك نقله الى غيره ، كالمشتري للطعام
والمستعير لا يملك ولهذا لا يملك اخذ الموضع عليه ، فلا يملك نقله الى غيره
كما قدم اليه الطعام " ج ٣٧١/١ وانظر ، الرافعي - فتح القدير
شرح الوجيز ج ١١١/٢١٠/٢١١ حاشية الحاج ابراهيم على الانوار لاعمال
الابرار ج ١١٩/١ ، اما الحنابلة فنقل ابن قدامة في المفتى اجمعهم على
ان المارية تتمتع بقيدة من حيث المنتفع بالمستعير سواء اعين المير المنتفع
اولم يمينه ، وفي هذا يقول ابن قدامة " واجمعو على ان للمستعير استعمال
المعارف ما اذن له فيه وليس له ان يعيره غيره وهذا احد الوجهين لاصحاب
الشافعي " ج ١٦٨/٥ وانظر المرادوى = الانصاف ج ١١٢/٦ ، البهوتى
كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٧٢/٧١/٤ .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

وذلك نظرا الى ان المارية عند جمهور الشافعية والحنابلة ، اباحة
لا تملك كما سبق بيان ذلك في تعريف المارية ، وفي الاباحة لا يملك الباح له ،
الاذن لغيره بالانتفاع الا اذا سمح المبيح بذلك صراحة كما في اباحة
الطعام ونحوه ، لان الحق في المين المباحة للمبيح فجاز ما اذن فيه ، واعتبر
ما نهى عنه ، اما اذا لم يسمح للباح له بذلك فلا يحق له في هذه الحال
الا الانتفاع بنفسه فقط دون ان ياذن لغيره بالانتفاع به . (١)

ومن هنا ، فمقروا ، اعين المميز المنتفع ، اولم يعينه ، فان المنتفع
ممين في عقد المارية بالمستعير على اى حال ، لا نها اباحة لا تملك ،
والمباح له لا يملك الاباحة لغيره الا باذن صريح فتعين المنتفع بالمستعير
لذلك .

ولقد سبق ان رجحت ان المارية ، تملك لا اباحة ، وميت سبب
رجحان ذلك ، بازالة ذكرتها ، عند تعريف عقد المارية ، فلا داعي لاعادتها
هنا . (٢)

واذا ثبت ان المارية تملك ، فالذى يبدو لي ان الراجح ما ذهب
اليه الاحناف من ان المارية ان كانت ما يختلف باختلاف المستعيرين ، فان تمييز
المنتفع معتبر فيها ، وبالتالي فان الاطلاق معتبر ايضا ، اما اعتبار التمييز

(١) انظر ص من هذه الرسالة ، وانظر حاشية القليوبي على منهاج
الطالبين ج / ١٨ / ٣ مطبوعة مع المنهاج وحاشية عميرة ، الرملى - نهاية
المحتاج الى مع المنهاج ج / ١١٩ / ٥ ، حاشية الكمثرى على الانوار لاعمال
الابرار ج / ٥١٩ / ١ ابن قدامة - المغنى ج / ١٦٩ / ٥ البهوتي - كشاف
القناع عن منى الاقتناع ج / ٧٢ / ٤ .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

فلما سبق من ان اعتباره ، لدفع احتمال ان يكون من سوى المستمير —
اكثر ضروا منه على المين المارة ، ولما كان المير هو صاحب الحق في المين
المارة ، وقد رضى باستعمال المستمير ، وما يترتب عليه من ضرر دون غيره
لزم اعتبار التمين لدفع زيادة الضرر عن المير . (١)

واما اعتبار الاطلاق في عارية ما يختلف باختلاف المستعملين فلان من
ملك شيئا ، ملك ان يملكه لغيره ، فاذا ملك المستمير المنفعة بدون قيد ،
بتملك المير له ، كان له ان يستوفى المنفعة بنفسه ، او ان يملكها لغيره
في حدود ما استمارها لاجله عرفا ، والمير لو لم يكن راضيا بذلك لمين المنتفع
بالمستمير . (٢)

هذا اذا كانت العارية مما يختلف باختلاف المستعملين ، اما اذا كانت
مما لا يختلف فالذي يظهر لي ايضا رجحان ما ذهب اليه الاحناف ، من عدم
اعتبار تعيين المير فيها ، الا اذا نهى نهيا صريحا عن الاطلاق من حيث المنتفع
فيعتبر التمين حينئذ .

وانما لم يحتمر التمين هنا ، كما اعتبر ذلك المالكية ، لما سبق من ان
الملوك بالمقد منفعة لا تختلف المين المارة باختلاف المستعملين لها ،
فالناس لا يتفاوتون في كيفية استعمال الصندوق مثلا لحفظ النقود ونحوها فلم يكن
التقييد بحفظ نقود المستمير فيه ، مفيدا ، فملقوا ، القيد ، كما سبق وان اشرنا
الى ذلك وانما اعتبر النهي عن الاطلاق من حيث المنتفع لان الحق في المين
المارة للمير فجاز ما اذن فيه ، واعتبر ما نهى عنه ، (٣) والله تعالى اعلم .

(١) انظر ص من هذه الرسالة

(٢) انظر ص من هذه الرسالة

(٣) انظر ص من هذه الرسالة

المبحث الثالث - الاطلاق والتقييد من حيث نوع المنفعة :

المين الممارسة اما ان تكون مهيئة لاستيفاء منفعة واحدة وذلك كالكرسي ونحوه ، حيث صنع ليستخدم في منفعة واحدة هي الجلوس عليه في عرف الناس وعادتهم *
واما ان تكون مهيئة لمنافع واغراض متعددة ، كالارض مثلاً ، فهي تقصد عادة لزراعة البقول وخرس الاشجار بانواعها وبناء المساكن والداكين ، والمستودعات والاحوشة ، وما الى ذلك من اغراض ومنافع متفاوتة *
فاذا كانت المين الممارسة مما هي لاستيفاء منفعة واحدة فقط ، فلا اعلم خلافاً بين الفقهاء في ان اعارتها مقيدة من حيث نوع المنفعة بالمرف والمادة وان لم تقيد بذلك صراحة من قبل المعير *

فاذا قال : اعرتك هذا الكرسي ، بهذا الاطلاق ودون ان يمين نوع الانتفاع به ، تعين نوع الانتفاع بالمرف ، وهو الجلوس عليه ، لتعارف الناس على ان الكرسي مصنوع مهيئاً لذلك دون غيره ، اذ ليس للكرسي منفعة اخرى ، معتادة غير الجلوس عليه ، ليحتمل الاطلاق ارادتها دونه او ارادتها معه فينصرف الاطلاق في هذه الحال ، الى ما تعارف الناس عليه مما هو مهيئاً له ، لان التعيين بالمرف كالتميين بالنقص كما تقرر ذلك عند الفقهاء كما اشرت الى ذلك سابقاً في بداية هذا الباب . (١)

(١) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٢١ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٣٥ / ٤٣٦ الشربيني - مفتي المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ج / ٢ / ٢٦٩ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٠ الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٠ ، حاشية قرة عيون الاخبار ، بتكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٦ وقال الخرخشي من المالكية * وان لم تكن مقيدة بحمل ولا بأجل " اى المارية " كقوله اعرتك هذه الارض او هذه الدابة =

اما اذا كانت المين المارة مهينة لمنافع واغراض متعددة في عرف الناس ،
كالارض مثلا ، فليقعد المارية من حيث اطلاق نوع المنفعة ، او تقييد ها
حالات :

الحال الاولى : ان يعين الممر نوع المنفعة فيقول مثلا : اعرتك هذه الارض -
لغزرها حنطة .

الحال الثانية : ان لا يعين نوع المنفعة وتعتبر المنفعة غير معينة في موطنين :

الموطن الاول : حال الاطلاق من حيث المنفعة صراحة كما اذا قال الممير -
مثلا : اعرتك هذه الارض ولك ان تنتفع بها كيفما شئت .

والموطن الثاني : حال الاطلاق من حيث المنفعة ، دلالة ، كما اذا قال الممير -
مثلا : اعرتك هذه الارض وسكت دون ان يعين نوع المنفعة او ان يأذن اذنا صريحا
بالاطلاق كما في الموطن الاول .

وفيما يلي سأحاول بيان آراء الفقهاء في ذلك بشي من التفصيل -
ان شاء الله ، فمنه سبحانه نستمد المون والتوفيق .

= فانها تلزم الى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة لان المادة كالشرط "
اه شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ١٢٦/٦ .
قلت : واذا ثبت بهذا النص ان المادة كالشرط عند المالكية فالذى يظهر لى
ان الممر اذا لم يعين نوع المنفعة كان للمستمير ان يستخدمها في كل ما هو
معتاد بين الناس ، لمدم تأثر عقود التبرعا عند هم بالجهالة كما ذكر ذلك
القرافي ، ومن هنا يبدو والله اعلم انهم لا يشترطون تعيين نوع المنفعة فيما ليس
له الا منفعة واحدة كالإسقاط ونحوه ، لتمينها بالمرف والمادة ، انظر - القرافي -
الفروق ج ١ / ١٥٠ / ١٥١ الفرق (٢٤) .

الحالة الاولى : تعيين نوع المنفعة :

اذا عين المميز نوع المنفعة ، فقال مثلا : اعرتك هذا لارض لتزرعها
حنطة ، فليس للمستميز حينئذ ان يتمدى ذلك التمييز الى ما هو اكثر ضررا
منه ، ولا خلاف اقله بين الفقهاء في ذلك نظرا الى ان المستميز انما يملك
الانتفاع بالمعين الممازاة ، باذن المميز ، لان المميز مالكها او مالك منفعتها
على هذا ، فما اذن فيه المميز من المنافع ، هو المعتبر للاستيفاء دون غيره
ما هو اكثر ضررا ، ولمدم سماحه بذلك ورضاه به . (١)

اما اذا خالف المستميز تقييد المميز من حيث نوع المنفعة
الى ما هو مساو للقيد او اخف ضررا منه ، فهل تعتبر تلك المخالفة
جائزة ، ولا يعتبر متعمدا بذلك ، فام غير جائزة فيعتبر متعمدا وجب
بالتالي الضمان فيما لو تلفت المعين الممازاة .

الواقع ان الفقهاء اختلفوا في ذلك ، ولهم قولان فيه هما

كمايلي :

- (١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كز الدقائق ج ٧/٢٨١/٢٨٢ ،
- الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨/٣٩٠١ وما بعد هـ ،
- الزيلعي - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج ٥/٨٦/٨٧ شرح الخرشي
- على مختصر سيدى خليل ج ٦/١٢٥ ، محمد عيش - شرح منح الجليل على
- مختصر العلامة خليل ج ٣/٤٩٤ ، المواق - التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٥/
- ٢٢٠ مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب . الرافعي - فتح المنيز شرح
- الوجيز ج ١١/٢٢٣ ، النووي - منهاج الطالبين وحاشية القليوبي عليه
- ج ٣/٢١ ، الرملي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥/١٢٨ ، ابن
- قدامة - المغنى ج ٥/١٦٨ البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٤/٦٩
- شرح منتهى الارادات ج ٢/٣٩٦ .

١٢٠٤
عشر الجاد

القول الاول : اذا عين المميز نوع المنفعة فليس للمستميز حينئذ ان يخالف ذلك التمييز الى غيره الا الى مثل المميز او اخف منه دون ما هو اكثر ضررا ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء . (١)

القول الثاني : ان المميز اذا عين نوع المنفعة فليس للمستميز ان يخالف تمييز المميز مطلقا ، حتى ولو الى مثل ما عينه او اخف منه ضررا ، والى هذا ذهب الامام زفر من الاحناف .

وذلك نظرا الى ان المستميز لا يملك مخالفة تمييز المميز ، لانه انما ملك المنفعة من جهة قاعته تمييزه فاذا خالف الى مثل ، او الى اخف مما عينه ، فلا يمكن ان يقال بان يبيعه قد وافق تمييز المميز لان مثل الشيء ، او ما هو اقل صفا منه لا يكون نفس الشيء اطلاقا . (٢)

يمكن ان يناقش هذا ، بان الفائدة من تقييد المميز للميزة بنوع من انواع الانتفاع ، انما هي للامتناع عما هو اكثر ضررا مما قيد به ، فاذا ما استوفى

(١) داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج / ٢ / ٣٤٩ ، ابن عابدين قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٦ ، البابرتي ، العناية على الهداية ج / ٩ / ١٣ ، مطبوع مع تكملة فتح القدير والهداية وحاشية سعدى . الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٣ ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي ، شرح الزرقاني على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٣٢ ، حاشية المدوى على كتابة الطالب الرباني ج / ٢ / ٢٢٠ الانصارى - تحفة الطلاب لشرح تحرير تنقيح الباب ج / ٢ / ٩٤ ، مطبوع بهامش حاشية الشوقاوى الشيرازى - المذهب ج / ١ / ٣٧١ ، النووى - منهاج الطالبين ج / ٣ / ٢١ مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي وصيرة ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٧٠ ، ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٧ / ١٦٨ ، لعلم من المفيد ان اشهر هنا ، الى انه يستثنى من جواز المخالفة الى ما هو مساو للقيد او اخف منه ، ما اذا عين المميز نوع المنفعة ثم نهى عن المخالفة صراحة ، كما اذا قال : اعزتك هذه الارض للزراعة الحنطة ، ولا تزرع غيرها حيث لا يحق للمستميز حينئذ ، الا زراعة الحنطة فقط ، لنهى المميز عما سواها صراحة ، والى هذا ذهب الشافعية .

المستمر المنفعة ، بما هو مساو للقيد او اخف منه ، فلا تعتبر المخالفة حينئذ ذات اثر لانقضاء ما من اجله قيد المير ، المارية به .

ومن هنا ، فالذي يبدولي ، رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من ان للمستمر ان يخالف تقيد المير من حيث المنفعة الى ما هو مثل المقيّد او اخف منه ، لان المير وان لم يسمح بالمخالفة الى المثل او الى ما هو اخف — صراحة ، الا انه يعتبر سامحا بذلك ، دلالة (١)

واذا ثبت ان للمستمر ان يخالف المير من حيث نوع المنفعة ، الى ما هو مساو للقيد او اخف منه دون ما هو اكثر ضررا ، فهل يجوز للمستمر حال تقيد المارية من حيث نوع المنفعة ان يستوفي تلك المنفعة المعينة اكثر من مرة ام ليس له الا مرة واحدة فقط ؟

وهو ظاهر ما ذهب اليه ، الاحناف ، والمالكية والحنابلة ، لما سبق في التقيد والاطلاق من حيث المنتفع . انظر المراجع الطبقة للشافعية ، وانظر ص من هذه الرسالة .

وما تحسن الاشارة اليه ايظ ، ان معرفة ما هو اكثر ضررا مما عينه المير ، او ما هو مساو له او اخف منه امر يرجع فيه الى ذوى الاختصاص ، فاذا كانت الميمن العمارة ارضا للزراعة مثلاً ، رجع في ذلك الى المهندسين الزراعيين وعلماء النبات وذوى الخبرة في ذلك وكذا ^{للحاصل} يرجع فيها الى المختصين في معرفتها . (٢) انظر — الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٢ .

(١) المراجع السابقة .

الواقع ان الامر لا يخلو :

اما ان يمين المير نوع المنفعة وحدد لاستيفائها مدة معينة ،
وذلك كما اذا قال المير : اعرتك هذه الارض لتزرعها حنطة سنة •
واما ان يمين المير نوع المنفعة ولا يحدد لاستيفائها مدة معينة
وذلك كما اذا قال : اعرتك هذه الارض لتزرعها حنطة •

فاذا عين المير نوع المنفعة ، وحدد لاستيفائها مدة معينة ، جاز
للمستمر حينئذ ان يستوفي تلك المنفعة اكثر من مرة الى ان تنتهي المدة
المضروبة ، فاذا كانت المين المارة مثلاً ، ارضا لزراعة الحنطة ، وقد
حدد المير مدة الاعارة بسنة ، فان للمستمر ان يزرعها مرة بعد اخرى الى
ان تنتهي تلك المدة التي حددها المير ، والى هذا ذهب الشافعية
وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف والمالكية والحنابلة • (١)

ولعل ذلك ، نظرا الى ان المير ، لما حدد مدة معينة لاستيفاء
منفعة معينة دل ذلك على رضاه بانتفاع المستمر ، بالمين المارة فيما عينه
خلال تلك المدة فاذا انتفع بها مرة واحدة وقد بقي وقت يسمح بتكرير الانتفاع ،

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ / ٢٨١ / ٢٨٢ ،
ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٩٦ ،
الرددير - الشرح الصغير ج ٢ / ٢٠٨ ، مطبوع بهامش بلفة السالك ، شرح
الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٢٦ / ١٢٧ ، حاشية الباجوري على
شرح ابن قاسم الفزري ج ٢ / ٩ ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض
النطالب ج ٢ / ٣٣٤ ابن قدامة - المنقذ ج ٥ / ١٦٨ / ١٧٠ ، البهوتى
كطف القناع عن متن الانتفاع ج ٤ / ٧٠ •

فليس هناك ما يمنع من تكريره ، طالما ان المدة التي حددت لم تتقضى بعد ،
والمعير ، وان لم ياذن بتكرير الانتفاع صراحة الا ان تحديده للمدة اذن بالانتفاع
بالمعين المعارة طوال تلك المدة وذلك يدل على رضاه ، بتكرير الانتفاع ،
اذا بقي وقت لذلك ، والا لم يمكن لتحديد المدة معنى .

اما اذا عين المعير نوع المنفعة ولم يحدد لاستيفائها مدة
معينة .

فاما ان ياذن بتكرير الاستيفاء للمنفعة مرة بعد اخرى صراحة واما
ان لا ياذن بذلك ولا ينهى عنه صراحة .

فان اذن بتكرير الاستيفاء للمنفعة المعينة مرة بعد اخرى صراحة ،
جاز ذلك للمستعير والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة ، وهو ظاهر ما ذهب
اليه كل من الاحناف والمالكية ، لاتفاقهم على ان للمستعير ان يفعل ما اذن له
في المعين المعارة ، فاذا اذن له بتكرير الاستيفاء للمنفعة ، فليس هناك ما يمنع
من تكرارها ، لان المعير هو صاحب الحق ، وقد اذن في ذلك . (١)

اما اذا لم ياذن بتكرير استيفاء المنفعة المعينة صراحة ، فليس
للمستعير حينئذ الا منفعة واحدة فقط ، فاذا عين المعير نوع المنفعة ، فقال :

(١) حاشية الباجودي على شرح ابن قاسم الغزي ج/٢/٩ ، النووي - روضة
الطلابين ج/٤/٤٤١ الشريفي - مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ
المصنف ج/٢/٢٧٣ ، ابن قدامة - المغني ج/٥/١٦٨/١٧٠ البهوتي -
كشف القناع عن متن الاقناع ج/٤/٧٠ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كمر
الدقائق ج/٥/٨٦ ، علي حيدر - درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج/٢/٣١٢
مادة (٨١٦) ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية /٤٠٤ ، الجعلى - سراج
السالك شرح اسهل المسالك ج/٢/١٦٨ ، الدردير - الشرح الكبير -
ج/٣/٣٩٣ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه .

اعرتك هذه الارض لتزرعها حنطة ، ولم يحدد لذلك مدة معينة كسنة ونحو ذلك ، فلا يحق له تكرار الزراعة للحنطة ، الا باذن جديد ، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك ، وذلك نظرا الى ان المدة هنا ، وان لم تحدد صراحة الا انها محددة معنى ودلالة بانتها العمل الذي اعيرت له العين . (١)

الحال الثانية : عدم تعيين نوع المنفعة :

الموطن الاول : الاطلاق من حيث المنفعة صراحة : اذا اطلق المعير عقد -

المارية من حيث المنفعة صراحة فقال : اعرتك هذه الارض ولك ان تتخضع بها كيفما شئت ، فلفقهاء في صحة عقد المارية حينئذ قولان :

القول الاول : ان المارية تتعقد بهذا اللفظ مطلقة من حيث المنفعة فلا يتمين نوع الانتفاع بالعين المارة وبالتالي للمستعير بموجب هذا الاطلاق ، ان ينتفع بالمارية في جميع ما هي مهيئة له عرفا . والى هذا ذهب جمهور الفقهاء (٢)

القول الثاني : ان عقد المارية لا يعتبر عقدا صحيحا ، اذا ما اطلق من حيث نوع المنفعة ، حتى وان صرح المعير بذلك كما في اللفظ السابق ، والى هذا

(١) المراجع السابقة وانظر ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج/ ٨/ ٣٩٦ .

(٢) المرغباني - الهداية على بداية المبتدى ج/ ١٣/ ١٢/ ٩ مطبوع مع تكملة فتح القدير والعناية وحاشية سيمدى ، نظلم الفتاوى الهندية ج/ ٤/ ٣٦٣ ، داماد افندى - مجمع الانهر شرح طتقى الابجر ج/ ٢/ ٣٤٩ ، محمد عيش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج/ ٣/ ٤٩٦ ، الدردير - الشرح الكبير ج/ ٣/ ٣٩٤ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج/ ٦/ ١٢٦ والاروبيلي - الانوار لاعمال الابراج ج/ ١/ ٥٢١ ، الرملى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج/ ٥/ ١٢٩ الرافعي - فتح العزيز ج/ ١١/ ٢٢٤ ابن قدامة - المغنى ج/ ٥/ ١٦٧ ، البهوتي - شرح منتهى الارادات ج/ ٢/ ٣٩٦ المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج/ ١/ ١١٢ .

ذهب الشافعية ، وهو قول مرجوح عندهم والمعتد لديهم ما عليه جمهور الفقهاء ، كما في القول الاول ولم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم دليلا لهذا القول حتى يمكن مناقشته . (١)

والذى يظهر لي ، ان الحق والله اعلم ، فيما ذهب اليه جمهور الفقهاء لان الاصل في اللفظ المطلق ان يجرى على اطلاقه والمعير قد ملك المستمير منافع المعين المعارة ، بلفظ مطلق صريح يدل دلالة واضحة على عدم تعيين ، منفعة دون اخرى ، فكان له ان يستوفيها على الوجه الذى ملكها وهو الانتفاع بالمعين في كل ما هي مستعدة له من انواع المنافع ، وليس في ذلك ما يمنع من صحة عقد المعارية ، قياسا على الاجارة في ذلك (٢) ، ومقتضى التشبيه بالاجارة ، ان يتقيد الانتفاع بما هو محتاد ، حال الاطلاق من حيث المنفعة صراحة .

الموطن الثاني : الاطلاق من حيث المنفعة دلالة :

اذا قال المعير : اعرتك هذه الارض ، وسكت دون ان يعين نوع الانتفاع بها ، او ان ياذن بالاطلاق من حيث نوع المنفعة صراحة كما في الوطن الاول فللفقهاء في صحة عقد المعارية حينئذ قولان :

القول الاول : ان المعير اذا اطلق المقيد من حيث نوع المنفعة دلالة ، صح عقد المعارية حينئذ وكان للمستعير بناء على ذلك ان ينتفع بالمعين المعارة في جميع ما هي مهيئة له عرفا .

(١) حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج ٣/ ٢١ مطبوعة مع حاشية

عميرة ومنهاج الطالبين .

(٢) انظر المراجع السابقة .

والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف والمالكية والحنابلة

واليه ذهب الشافعية في قول مرجوح عندهم واختاره السبكي . (١)

القول الثاني : ان عقد العارية لا يعتبر عقدا صحيحا بالاطلاق من حيث

المنفعة دلالة ، بل لابد لصحة هذا العقد من تعيين نوع المنفعة او اطلاقه

صراحة ، كما في الموطن الاول ، والى هذا ذهب الشافعية في اصح الوجهين

عندهم ، وهو وجه مرجوح عند الحنابلة .

ويستدل على ذلك بقياس الاعارة على الاجارة في هـ

الامير . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا : بان العارية انما لم يشترط لها تعيين

نوع المنفعة او التصريح بالاطلاق كما اشترط ذلك في عقد الاجارة ، لان -

الاجارة عقد معاوضة لازم ، وبالتالي ، فان عديم التعيين ، او التصريح

(١) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج/٩/١٣ ، مطبوع

مع تكملة فتح القدير والعناية ، وحاشية سعدى نظام - الفتاوى الهندية

ج/٤/٣٦٣ الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج/٨/٣٩٠

محمد عليش - شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج/٣/٤٩٦ ،

الدردير - الشرح الكبير ج/٣/٣٩٤ مطبوع بهامش حاشية الدسوقي - شرح

الخرشي على مختصر سيدى خليل ج/٦/١٢٦ ، ابن قدامة - المغنى -

ج/٥/١٦٧ ، الیهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج/٤/٧٠ ، النووي

- منهاج الطالبين حاشيتي القتيوبي وعميرة عليه ج/٣/٢١ ، الرطى - نهاية

المحتاج الى شرح منهاج ج/٥/١٢٩ .

(٢) انظر المراجع السابقة للشافعية والحنابلة وانظر المرادوى - الانصاف

في معرفة الرائج من الخلاف ج/٦/١١٢ .

بالاطلاق فيها ، يقضى الى الجهالة ، والجهالة بلا شك مفسدة في الجملة
لمقتد الاجارة ونحوها . وكمره

واما العارية ، فمقتد تبرع غير لازم ، فلا تؤثر فيه الجهالة ، ومن هنا
فلا يعتبر فيه التعمين او التصريح بالاطلاق شرطا لصحته . (١)

وعلى هذا فالذى بيدولى ان الراجح والله اعلم ، ما ذهب اليه جمهور
الفقهاء ، وذلك نظرا الى ان قول المعتبر لا اعرك هذه الارض ، قول يبدل
على رضاه بالانتفاع بالمعين المعارة ، في كل ما هي صهيئة له عرفا ، ان ان
المعين المعارة هنا ، ذات منافع متعددة والمعتبر حتما لا يريد بقوله : اعرك
هذه الارض احدى منافع الارض ، ان لو اراد احداها لصرح بذلك ، فكان مقتد
تصريحه بنوع المنفعة ، دالا على ارادته للاطلاق .

واذا ثبت ان المعتبر اراد الاطلاق من حيث المنفعة ، فان الاصل
في المطلق ، ان يجرى على اطلاقه كما سبق ، ان اشرنا الى ذلك ، فاذا ملك
المعتبر المستمير ، منافع العارية مطلقا ، كان له ان يستوفيه على الوجه
الذى ملكها عليه ، فينتفع بها في كل ما هي صهيئة له عرفا وعادة .

وليس في ذلك ، ما يقدر في صحة عقد العارية ، لما سبق من ان
الجهالة ، لا تؤثر في هذا العقد لعدم لزومه . (٢) والله تعالى اعلم
بالصواب .

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٦٢ - والرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز
ج ١١ / ٢٢٤ .

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٠ / ٣٩٠١ ،
محمد عيش - شرح منحة الجليل عن مختصر العلامة خليل ج ٣ / ٤٩٦ .

فإذا قال المعير : أعرتك هذه السيارة ، فلم يقيد المقيد بقيود
 ما ، فالعارية حينئذ مطلقة من حيث جميع الوجوه ، أي من حيث الزمان والمكان
 والمنفعة والمنفعة الأعلى قول عند الشافعية سبق بيانه قبل قليل . (٢)
 وللمستعير في هذه الحال ، أن ينتفع بالسيارة على هذا الإطلاق
 فله أن ينتفع بها بنفسه أو بخيره وله أن يستخدمها في جميع ما هــي
 مستعدة له من منافع ، في أي زمان أو مكان ، في حدود عرف الناس واهـطـلـاهـم
 في الاستعمال . (٣)

وانا قال المعير : اعرتك هذه السيارة لتركيها انت دون غيرك شهرا
في المدينة فقط ، فعقد المارية مقيد من جميع الوجوه ، وليس للمستعير ان يتجاوز
هذه القيود ، اطلاقا ، الا ما كان منها غير مفيد ولم ينهي المعير عنه صراحة ،
لما سبق قبل قليل . (٤)

(١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .


(٣) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٠ ، شرح الخرشي

على مختصر سيدى خليل ج ١٢٥/١٢٦، الرولى - نهاية المحتاج الى شرح

المضاج ج/ ٥/ ١١٩/ ١٢٧/ ١٢٨/ ١٢٩، ابن قدامة - المغني ج/ ٥/ ١٦٧/ ١٦٨

(٤) انظر ص من هذه الرسالة .

واذا قال المميز : اعرتك هذه السيارة شهرا في المدينة دون غيرها
فالعارية مطلقة من حيث بعض الوجوه دون البعض الآخر ، فهي مطلقة من حيث
الانتفاع والمنفعة ، ومقيدة من حيث الزمان والمكان . ويجوز العكس ايضا ،
فتكون مطلقة من حيث الزمان والمكان ، مقيدة من حيث نوع المنفعة والمنفعة ،
كما لو قال : اعرتك هذه السيارة لتركبها انت دون غيرك .
وقد تكون مطلقة من حيث المنفعة ، والزمان ، مقيدة من حيث المكان
والمنفعة ، كما لو قال : اعرتك هذه السيارة لتتفع بها دون غيرك في المدينة
فقط .

وقد تكون مطلقة من حيث المنفعة والمكان ، مقيدة من حيث المنفعة
والزمان ، كأن يقول المميز : اعرتك هذه السيارة للركوب شهرا .
وقد تكون مطلقة من حيث احد هذه الوجوه دون البقية أو العكس .
وللمستعير في جميع ما سبق ، ان ينتفع بالعين المعارة  في
حدود ما أذن له فيها . (١)

فان اطلق المميز ، قلة الانتفاع مطلقا ، وان قيد ، فليس له ان
يخالف القيد الا الى المثل او الى ما هو أخف ، او عندما لا يكون للقيد
فائدة ، بحيث لا يترتب على المخالفة ، زيادة ضرر ، الا اذا نهى المميز
عن المخالفة صراحة ، فليس له ان يخالف مطلقا ، كما بينت ذلك مقصدا
قبل (٢) وذلك لما سبق من ان المستعير يتصرف في ملك الغير ، فلا يملك
ذلك ، الا على الوجه الذي / اذن له فيه من تقييد او اطلاق ، صراحة او

(١) المراجع السابقة .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

دلالة . (١)

ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في هذا ، الا ما سبق ان بيناه/خلافتهم
في اعتبار التقييد والاطلاق من حيث المنفع دلالة وخلافهم في صحة عقد المارية
مع عدم تعيين نوع المنفعة صراحة .

وقد بينت ان الراجع فيما يبدو لي اعتبار الاطلاق والتقييد —
حيث المنفع دلالة ، كما يمتثل ذلك صراحة (٢) واوضحت ان الراجح
فيما يظهر لي ايضا صحة العقد مع عدم تعيين نوع الانتفاع بالمعين المماثلة
فلا حاجة لاعادة ذلك (٣) والله تعالى اعلم .

-
- | | |
|------------|------------------|
| (١) انظر ص | من هذه الرسالة . |
| (٢) انظر ص | من هذه الرسالة . |
| (٣) انظر ص | من هذه الرسالة . |

المبحث الخامس : ما ينشأ عن مجاوزة المستعير للتقييد من احكام :

سبق ان للمستعير ، ان يخالف تقييد المعير ، الى ما هو مساو للتقييد او اخف منه ، ما لم ينه ^ي عن ذلك صراحة كما هو رأى الجمهور ، وليس له ان يخالف الى ما هو اكثر ضررا مما قيدت به العارية ، وبلا خلاف اعلمه بين الفقهاء . (١)

فاذا خالف المستعير تقييد المعير ، الى ما هو اكثر ضررا ، كما اذا استعار سيارة من جدة الى مكة فخالف هذا القيد الى ما هو اضر ، فذهب بها الى الطائف ، فهل تعتبر العارية منسوخة بهذه المخالفة فلا يحق للمستعير ان يستخدمها في العودة الى جدة ، الا باذن جديد ، ام ان العقد يعتبر قائما فيجوز له استخدامها بعد ذلك في العودة ؟

للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : ان مخالفة المستعير الى ما هو اضر مما قيدت به العارية ، امر لا يؤدى الى فسخ عقد العارية ، بل هو قائم ، وان تعدى المستعير بذلك ، وبناء على هذا يجوز للمستعير ان يعود بالسيارة الى جدة ، في الصورة السابقة ، ويجب عليه ان يعود الى الوفاق ، فلا يستمر في المخالفة ، والى هذا ذهب الشافعية في اصح الوجهين عندهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف في احد القولين عندهم في ذلك . (٢)

-
- (١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة . . . ٢٠٠ راجع في هذا
- (٢) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٢٣٠ ، الرمسلى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٢٨ ، الرافعي - فتح الميز شرح الوجيز ج ١١ / ٢٢٢ ، مطبوع مع تكملة المجموع شرح المذهب ، السرخسي المبسوط ج ١١ / ١٤٥ / ١٤٦ .

القول الثاني : ان مخالفة تقييد الممير الى ما هو اكثر ضررا من القيد ، اسر
يفسخ عقد المارية ، وان عاد المستمير الى الوفاق بعد المخالفة ، وعلى
هذا فلا يجوز للمستمير في الصورة السابقة ان يستخدم السيارة في العودة
الى جدة ، وانما يسلمها الى الحاكم في تلك الجهة التي وصل اليها .

والى هذا ذهب الشافعية في احد الوجهين عنهم ، وهو وجه مرجوح
عندهم كما ذكر ذلك الرملي منهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف فسي
احد القولين عندهم . وظاهر ما ذهب اليه المالكية ايضا وذلك نظرا الى ان
الاذن في المارية ، انقطع بالمخالفة ، الى ما هو اضر مما قيدت به ، فلا
يعود عقد المارية الا باذن جديد . (١)

ويمكن ان يناقش هذا ، بان استخدام المستمير للمعين المارة
مأذون فيه من قبل الممير ، فلا ينقطع الاذن ، بتعديها لمخالفة كما لا ينمزل
الوكيل بتعديده في وكالته .

ومن هنا فالذى يظهر والله اعلم ان الراجح ، القول الاول ، قياسا
على الوكالة في هذا الامر ، بجامع ان كلا من المارية والوكالة ، عقد جائز ،
فكما لا يعتبر التعدي في الوكالة ، امر فاسخ للعقد فلا يعتبر التمردى
في المارية امر فاسخا لها ايضا . (٢)

(١) انظر المراجع السابقة ، وانظر ابن عابدين - حاشية قرعة عيون الاخبار
تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٢٩ / ٤١٩ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب
الشرائع ج / ٨ / ٣٨٩٢ / ٣٩٠٧ ، مالك ابن انس - المدونة ج / ٦ / ١٧١
(٢) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٣٠ ، الرملي
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٨ ، الرافعي - فتح المميز شرح
الوجيز ج / ١١ / ٢٢٢ ، حاشية الرملي على اسنى المطالب شرح روض الطالب
ج / ٢ / ٣٣٠ ، مطبوع بهامش الاسنى .

واذا ثبت بهذا ان المخالفة الى ما هو اكثر ضررا من القيد ، امر لا ينبغي عليه
انفساخ عقد المارية ، فماذا يجب على المستعير اذا وقع منه ذلك التحدى ؟
الواقع ان الامر لا يخلو حينئذ :

اما ان تلف المين المارة ، او يتلف بعض اجزائها في يد المستعير ، واسا
ان لا يحدث هي ، من ذلك في يده .

فان تلفت المين المارة او تلف بعض اجزائها في يد المستعير بمسند
مخالفته الى ما هو اكثر ضررا من القيد ، فللقهاء في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : يجب الضمان على المستعير ، وبخير المعير بين اخذ قيمة
ماتلف في يد المستعير ، واجرة مثل ما زاد عن القيد في الجملة ، فلا يجمع للمعير
بين ضمان ماتلف ، واجرة ما زاد عن القيد ، وانما له احدهما .
والى هذا القول ذهب المالكية .^(١)

(١) ابن عبد البر - الكافي (٢ : ٨٠٩) ، مالك - المدونة الكبرى (٦ : ١٦٢ ، ١٦٣)

(١٧١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (٦ : ١٢٥) ، الدرر -

الشرح الصغير ومعه بلغة المسالك (٢ : ٢٠٧) .

يحسن ان اشير هنا الى ان المالكية يفرقون في الضمان بين التمسدي
المصاحب للمأذن فيه من الاستعمال ، والتحدى المستقل عما اذن فيه .
فمن الاول : ما اذا استعار سيارة او دابة ليحمل عليها مقدارا معيناً من
القمح مثلاً ، فحمل عليها فوق ذلك .

ومن الثاني : ما اذا استعار سيارة او دابة ليقطع بها مسافة معينة
فزاد على ما عين له . =

القول الثاني : يجب على المستفير ضمان ما تلف في يده كما يجب عليه
اجرة مثل ما زاد عن تقييد المعير .

= فاذا كان التمدى بالزيادة على القيد مصاحبا للمأذون فيه ، فلا يخير
المعير بمد تلف العين المارة بين ضمان المنفعة والعين ، الا اذا كانت
الزيادة ما تعطب به العين المارة في الغالب ، اما اذا لم تكن كذلك
فليس للمعير الا ضمان المنفعة الزائدة على القيد سواء ا تلفت العين او لم
تتلف ، قالوا : لان تلفها حينئذ من امر الله لا من اجل الزيادة على
القيد ، ومن هنا تعينت اجرة مثل ما زاد فقط .

ولقد فرق الاحناف ايضا بين التمدى المصاحب للمأذون ، والتمدى المستقل
الا انهم خالفوا المالكية في اسلوب التفرقة فقالوا : بأن التمدى بالزيادة
على القيد ان كان مصاحبا للمأذون فيه وجب حينئذ على المستعير ان
يضمن من العين المارة بقدر الزيادة ، فاذا استعيرت السيارة لحمل طن
من القمح مثلا فحمل عليها طنا ونصفا فطفت بمد ذلك ، وجب حينئذ ضمان
ثلث قيمتها " لان المستعير في مقدار الطن موافق لانه حامل باذن المالك
وفما زاد على ذلك حامل بدون اذنه ، فيحتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان
على ذلك " . هذا اذا كانت الزيادة مما لا يتلف السيارة في الغالب .

اما اذا كانت ما يتلفها ، فيجب عليه حينئذ ضمان جميعها " لانه متلف لها
بهذا الحمل ، والمالك ما اذن له في اتلافها " .

ولعل رأى الاحناف هنا هو الراجح لوجهة ما استدلوا به على رأيهم
والله اعلم .

انظر : المراجع السابقة للمالكية ، وانظر : السرخسي - المسحوط

(١) وهذا ظاهر ما ذهب اليه الشافعية والحنابلة .

وذلك نظرا الى ان العين المعارة عندهم تضمن بقيمتها يوم التلف على الاصح سواء كان التلف بتعدى المستمير او بغيره ، بخض النظر عما يستثنى من ذلك عندهم كلف العين بالاستعمال المأذون ونحو ذلك كما سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى . (٢)

فاذا ضمنت العين المعارة بقيمتها يوم التلف ، بقيت المنفعة الزائدة عن القيد خارجة عن الضمان ، وهى مضمونة لتقومها ، وعدم الاذن فى استيفائها ، كما كان الامر كذلك فى الغصب ، بجامع ان استيفاء المنفعة تم بدون اذن المالك فى كل من الغصب والقدر الزائد عن القيد فى الحاربية . (٣)

ومن هنا فالذى يظهر ان للممير فى هذه المسألة عندهم ، (حق) ضمان العين واجرة مثل ما زاد عن القيد ، خلافا للمالكية القائلين بتغيير الممير بينهما . ويؤيد هذا عند الشافعية ، ما جاء فى الاسوار من قوله : " ولو استعار دابة الى موضع

(١) الارديبيلى - الانوار (١ : ٥٢٢ ، ٥٢٣) ، حاشية الرمل على اسنى المطالب

(٢ : ٣٣٠) ، والشربيني - معنى المحتاج (٢ : ٢٦٧ ، ٢٦٨) ، والبهوتى -

كشف القناع (٤ : ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٢) ، ابن قدامة - المعنى (٥ : ١٦٤) ،

١٦٥ ، ١٧٢ ، ٣٧١) ، المرادوى - الانصاف (٦ : ٥٢ ، ٥٣) .

(٢) المراجع السابقة ، وانظر الصفحات من الرسالة .

(٣) المراجع السابقة .

وجاوزه دخلت في ضمانه ولزم اجرة المثل وارش النقص^(١) قلت : والذي يظهر من لزوم ارش النقص مع ضمان اجرة المثل ، ان الممين لو تلفت لوجب ضمانها مع اخذ اجرة مثل ما زاد عن القيد .

ويؤيد هذا عند الحنابلة ، ان مستأجر الدابة لو حمل عليها فوق المقدار الممين في العقد او جاوز بها المسافة المعينة ، وجب عليه في الجملة ضمان اجرة مثل ما زاد ، مع ضمان قيمة الممين ان تلفت ، وحكم المستمير في استيفاء المنفعة كحكم المستأجر عندهم في جميع الاحوال^(٢) ، ثم ان العارية في الواقع اولى بهن هذا الحكم من الاجارة ، لان الاجارة عندهم امانة لا تضمن الا عند التمدي^(٣) ، ومع هذا جاز للمؤجر اخذ بدل المنافع وقيمة الممين عند الضمان ، اما العارية فهي مضمونة عندهم بكل حال الا في بعض المسائل^(٤) ، وعليه فهي اولى بالجمع بين ضمان المنفعة والممين ، في هذه المسألة .

ويمكن ان يناقش القول بالجمع بين ضمان المنفعة والممين ، بما سيأتى في الباب الخامس من هذه الرسالة ، ومن ان الممين المحارة تضمن بقيمتها يوم

(١) الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار (١ : ٥٢٣) .

(٢) الررداوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦ : ٥٢ ، ٥٣) ، ابن

قدامة - المغنى (٥ : ٣٧) ، والبهوتى - كشف القناع عن متن الاقناع (٤ :

١٨ ، ٦٩ ، ٧٠) .

(٣) البهوتى - منتهى الارادات (٢ : ٣٦٧ ، ٣٦٨) .

(٤) انظر : (ص) و (و) من هذه الرسالة .

التعدي ، لانها امانة لا تضمن الا عند حدوث ذلك من المستمير ، كما هو السرى
الذى ظهر لى رجحانه .^(١)

فاذا ضمت بقيمتها يوم التعدي كانت المنفعة الزائدة على القيد داخلية
فى ضمان العين ، على اعتبار ان الوقت الذى بدأ فيه بالزيادة على القيد ، هو
وقت التعدي ، فاذا قدرت القيمة آنذاك ، وبوخلت قيمة المنفعة الزائدة على القيد فى
قيمة العين ، فلا يجب ضمانها عند ضمان العين عونئذ .^(٢)

القول الثالث : ان ضمان العين يجب على المستمير فى هذه المسألة
الا ان اجرة مثل مازاد عن تقييد المصير لا تلزمه .

والى هذا ذهب الاحناف فى احد القولين عندهم .
وذلك نظرا الى ان المستمير قد اتى بسبب الضمان وهو المخالفة السى
ما هو اكثر ضررا مما قيدت به العارية ، فاذا تلفت العين المعارة ، وجب عليه
الضمان لوجود سببه .

وانما لم تجب عليه اجرة مثل مازاد على تقييد المصير ، لان المنافع عند
الاحناف لا تعتبر اموالا ، وبالتالي فلا يمكن تقويمها ، الا ضمن عقد الايجار
او شبهة للضرورة ، وذلك على خلاف القياس .^(٣)

(١) انظر (ص) (و) (ص) من هذه الرسالة .

(٢) انظر (ص) (و) من هذه الرسالة .

(٣) السرخسى - الميسوط (١١: ٧٨، ٧٩، ١٤٥، ١٤٦) ، وعلى حيدر - درر
الحكام شرح مجلة الاحكام (٢: ٣٠٧، ٣٠٨) مادة (٨١٤) ، ابن نجيم -
البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧: ٢٨١، ٢٨٢) ، والموصلى - الاختيار
لتحليل المختار (٣: ٨١) .

وسياتى عند الكلام على الضمان فى عقد الحارية وذكر بعض ما يدل على ان
المنافع اموال تضمن عند استيفائها وتفويتها ويدون اذن مالکها وكما هو رأى جمهور
الفقهاء (١).

القول الرابع : اذا خالف المستمير تقييد الممير الى ما هو اكثر ضررا من
القيد فلا يخلو الامر ، اما ان يعود الى الوفاق قبل تلف المين المعاره ، واما ان
تتلف قبل عودته ، فان عاد الى الوفاق ، قبل تلف المين المعاره ، وكان تلفه
حينئذ بلا تمتد منه ولا تقصير ، فليس عليه فى هذه الحال ضمان ، ولا للمين ، ولا للمنفعة
الزائدة عن القيد .

اما اذا تلفت المين المعاره قبل عودة المستمير الى الوفاق ، فيجب عليه
حينئذ ضمان المين دون المنفعة .

والى هذا التفصيل ذهب الاحناف فى احد القولين عندهم . (٢)

وذلك نظرا الى ان الحارية امانة ، فلا تتقلب من ذلك الى الضمان
الا بالتمدى من المستمير ، فاذا عاد الى الوفاق ، فقد ارتفع سبب الضمان وهو
التعمد بالمخالفة الى ما هو اكثر ضررا مما قيدت به الحارية ، وان ان العقد قائم

(١) انظر (ص) من هذه الرسالة .

(٢) السرخسى - المبسوط (١ : ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢) ، ابن عابدين - حاشية
قرة عين الاخبار تكملة رد المحتار (٨ : ٤١٩) ، على حيدر - درر الاحكام
شرح مجلة الاحكام (٢ : ٣٠٧ ، ٣٠٨) مادة (٨١٤) .

بين المميز والمستميز لم ينفسخ بالمخالفة، فيكون المستميز حينئذ اميناً فلا
يجب عليه الضمان كما لا يجب على المودع، بالفتح، وضمان، اذا عاد الى الوفاق
(١) بعد التمدي .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بأن يد المستميز يد نفسه، وان انما
يقبض الممين الممارسة لمنفعته لا لمنفعة المالك، فاذا تمدي ثم عاد الى الوفاق
فطفت الممارسة فلا تعتبر عودته الى الوفاق كرد الممين المودعة الى يد مالكها
ليبراً من الضمان كما هو الامر بالنسبة للمودع " بالفتح " لان يد المودع كيد المالك
ومن هنا جعلت عودته الى الوفاق كرد الممين المودعة الى يد مالكها، ولهذا برأ
من الضمان .

" ولان المستميز مأور بحفظ الممين الممارسة تبعاً للاستعمال اى المأذون
فيه مقصوداً فالذا انقطع الاستعمال المذكور بالتمدي، لم يبق الحفظ ثابتاً، فلا
يبرأ بالمودة الى الوفاق (٢) .

ومن هنا فالذى يظهر لى رجحانه من هذه الاقوال : ان المستميز
اذا خالف تقييد المميز الى ما هو اكثر ضرراً من القيد، فللمميز اجرة مثل ما زاد
على القيد ان كانت الممين قائمة، اما ان كانت تالفة، فله الخيار بين ان يأخذ
قيمة الممين يوم التمدي بالمخالفة، ولا شئ له من اجرة ما زاد على القيد، والعكس.

(١) المراجع السابقة .

(٢) المراجع السابقة .

وذلك نظرا الى ان العارية، تضمن بقيمتها يوم التعدى، كما سيأتى بيانه
فى الباب الخامس من هذه الرسالة . ويوم التعدى فى هذه المسألة هو يوم
خالف المستعير التقيد الى ما هو أكثر ضررا ، فاذا ضمنت العين بقيمتها ذلك
اليوم، كانت المنفعة الزائدة، انما حدثت فيما قد ضمن بالقيمة، فلا يضمنها حينئذ .^(١)
ومن هنا امتنع على المعير اخذ قيمة العين واجرة مثل ما زاد جميما، وانما
له اخذ ايها اراد، وخيرته تنفى ضرره .

اما اذا لم تنطف العين المعارة اولم تتعيب بعد التعدى بالمخالفة
الى ان ردت الى المعير، فللمعير حينئذ، مثل اجرة ما زاد عن القيد، لعدم اذنه
فى القدر الزائد عن تقييده، وليس له غير ذلك لعدم وجود ما يوجب، من تلف
او نقص، ولا اعلم خلافا بين الفقهاء فى ذلك . ما عدا الاحناف حيث لم يجعلوا
للمعير الحق فى اخذ ضمان المنفعة الزائدة، كما سبق ان اشرت الى ذلك .^(٢)
والله تعالى اعلم بالصواب . .

(١) انظر من هذه الرسالة :

التسولى - البهجة شرح التحفة (٢ : ٣٤٥) .

(٢) السرخسى - المبسوط (١١ : ٧٨، ٧٩) ، الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز
الدقائق (٥ : ٢٣٤) ، الدردير - الشرح الكبير (٣ : ٣٩٣، ٣٩٤) ، ابن
عبد البر - الكافى فى فقه اهل المدينة المالكى (٢ : ٨٠٩) ، الارنبلى -
الانوار لاعمال الابرار (١ : ٥٢٣) ، الرافعى - فتح العزيز شرح الوجيز
(١١ : ٢٢٢) مطبوع مع تكملة المجموع، البهوتى - كشف القناع عن مـ
الاقناع (٦ : ٦٨) ، ابن قدامة - المغنى (٥ : ١٦٥) .

المبحث السادس - في التصرفات التي يملكها المستعير في المين المارة:

سبق ان المارية ، اما ان تكون ، مقيدة ، واما ان تكون مطلقة :
 فان كانت مقيدة ، فللمستعير ان يتصرف في المين المارة ، باستخدامها
 فيما اعيرت له ، مراعيًا في ذلك قيد المصير ، فلا يخالفه الا الى ما هو مستساو
 للقيد او اخف ، دون ما هو اكثر ضررا وان كانت مطلقة فللمستعير ، ان يتصرف فيها
 باستخدامها في جميع ما هي مهيئة لـ عرفا (١)

وليس للمستعير في كلا الحالين ، ان يتصرف في المين المارة ، بما
 ينقل ملكيتها كأن يبيعها او يهبها او نحو ذلك ، بلا خوف ^{حالات} اعلمه بين الفقهاء في
 هذا الامر ، لان المستعير انما يملك المنفعة فقط عند من يقول : بان المارية
 تمليك ، او حق الانتفاع عند من يقول : بان المارية ، اباحة ، فعلى كلا -
 القولين ، ليس للمستعير ان يتصرف في المين المارة بما ينقل ملكيتها لمسلم
 ملكه لها ، والملك محظ لصحة مثل هذه التصرفات ونحوها . (٢)

واذا ثبت هذا ، فهل يجوز للمستعير ان يتصرف في المين المارة بالايديع
 او الاجارة او الرهن او باصلاحها اذا كانت ممية .
 الواقع ان للفقهاء ، في ذلك تفصيلاً سأحاول بيانه ، ففي
 أربعة مطالب :

- المطلب الاول : في ايديع المين المارة .
- المطلب الثاني : في تأجير المين المارة .

(١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة : ص ٢٩ وما بعدها من ص ٢٩
 (٢) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة : ص ٦٠ وما بعدها من ص ٦٠

المطلب الثالث : في رهن المين العمارة •

المطلب الرابع : في اصلاح المين العمارة •

المطلب الاول : ايداع المين العمارة :

ظاهر ما ذهب اليه فقهاء المذاهب الاربعة ، ان المير اذا أذن للمستمير

بايداع المين العمارة جازله ، ايداعها عند من يطمئن له في حفظها •

كما ان ظاهر ما ذهبوا اليه ، ان المير اذا نهى عن ايداع المين العمارة

فلا يجوز للمستمير حينئذ ايداعها وان ادعها كان متعديا بذلك •

وذلك نظرا لما سبق من ان الحق في المين العمارة ، للمير ، فهو

مالكها ، وبالتالي يؤخذ في الاعتبار ما اذن فيه كما يحترز عن جميع ما نهى عنه (١)

اما اذا لم ينهى المير عن ايداعها ، ولم يأذن بذلك صراحة لفقهاء

في جواز الايداع حينئذ قولان :

القول الاول : ان للمستمير ان يودع المين العمارة في الجملة ، الا اذا وجد

ما يدل على عدم رضا المير بذلك ، والى هذا ذهب الاحناف في احد القولين
عنهم في ذلك ، ومن ذهب اليه منهم ، مشايخ المرافقة ، وابوالليث وابويكر محمد

بن الفضل ، والصدور الكبير برهان الاثمة ، وقال ظهير الدين المرفغاني ، وصاحبه

المراجعية : ان الفتوى على هذا القول عند الاحناف • (٢)

(١) انظر ص من هذه الرسالة •

(٢) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٨٧/٥ ، ابن

عابدين - حاشية قرعة عين الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٣٩٠/٨ ، علي

حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٣٢٧/٢ ، ٣٢٨ مادة (٨٢٤) •

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة ، ما عدا الحارثي ، وهو ظاهر —
ما ذهب اليه المالكية والشافعية ايضا ، اذ قد سبق انهم يقولون : بجواز التوكيل
في استيفاء منفعة المين الممارسة والايذاع نوع من التوكيل ، فهو في الواقع توكيل
في حفظ المين المودعة ، فاذا جاز للمستجير ان يوكل في استيفاء المنفعة ،
جاز له ان يوكل في حفظ المين الممارسة ، بل ربما كان جواز التوكيل بالحفظ
اولى ، لان الوكيل في هذا الامر لا يستخدمها في غرض الموكل ، كما في الوكيل
لاستيفاء المنفعة ، وانما يحفظها فقط . (١)

القول الثاني : لا يجوز للمستجير ان يذع المين الممارسة مطلقا ، الا اذا اذن —
المجير بذلك صراحة والى هذا ذهب الاحناف في احد القولين عنهم ، ووجهه منهم
الكرخي والباقلاني واليه ذهب الحارثي من الحنابلة .
وذلك نظرا الى " ان الايداع تصرف في ملك الغير ، وهو المين ،
بغير اذنه قصدا ، فلا يجوز بخلاف الاعارة ، لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم
المين من ضروراته فافترقا " .

وناقش الزيلعي هذا الدليل فقال : " ان الوديعة ادنى حالا من العارية
فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف ، فأولى ان يملك الايداع . . . ولا يختص بشيء
دون شيء ، لان الكل لا يختلف في حق الايداع ، وانما يختلف في حـق
الانتفاع " . (٢)

(١) انظر ص من هذه الرسالة في الحاجة .

(٢) الزيلعي — تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج / ٩٠ / ٨٧ / ٥ وانظر حاجة
شهاب الدين احمد الشلبي ، على هذا الكتاب وهو مطبوع بهامشه ، ابن عابدين —
حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ / ٤٠٣ ، على حيدر — درر
الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٧ / ٣٢٨ مادة (٨٢٤) البهوتــــــــــــــــي
كلف القناع عن متن الانتاع ج / ٤ / ٧٢ .

ولعل هذا هو الراجح ، كما ذكره الزيلعي من الاحناف ولما سبق
 من ان للمستمير ان يوكل في استيفاء المنفعة وهو تصرف يشمل على استخدام
 المين المارة وحفظها فجاز ان يوكل في حفظها فقط . (١)
 واذا ثبت ان للمستمير ان يودع المين المارة في الجملة ، فلا اعلم
 خلافا بين الفقهاء في ان المين المودعة ان تلفت ، في يد المودع ، بالفتح
 فلا ضمان عليه ان لم يتمد ~~او يقصر~~ لان عقد الايداع عقد امانة ، وفي عقود
 الامانة لا يضمن المودع ، ما لم يصدر منه تعد على ما أئتمن عليه او تقصير
 في حفظه ، وعلى هذا ، فان تلفت المين المارة ، في يد المودع بالفتح ،
 فلا ضمان عليه ، ان لم يتمد ~~او يقصر~~ (٢) واذا لم يكن على المودع ، بالفتح
 ضمان حال عدم تعديه على المين المارة او تقصيره في حفظها فهل يعتبر الضمان
 حينئذ على المستمير اذا تلفت المين عند المودع بدون تعد او تقصير منه . -
 للفقهاء في ذلك قولان .

القول الاول : لا ضمان على المستمير في هذه المسألة كالمودع بالفتح ، والى
 هذا ذهب الاحناف في اصح القولين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الشافعية
 والحنابلة في احد القولين عنهم في ذلك ، وظاهر ما ذهب اليه المالكية
 في عارية ، ما لا يغاب عليه دون ما يغاب وسيأتي عند الكلام على الضمان

-
- (١) انظر ص من هذه الرسالة .
 (٢) الرغيفاني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٨ / ٤٨٥ / ٤٨٧ مطبوع مع
 فتح القدير والعناية وحاشية سمدي السمرقندي - تحفة الفقهاء ج ٣ / ٢٣٩ / ٢٤٠
 ابن عبد البر - الكافي في فقه اهل المدينة المالكي ج ٢ / ٨٠١ ، ابن جزى -
 قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٥ الشيبيني - الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع
 ج ٢ / ٢٤٩ مطبوع بهامش حاشية البيجرمي ، الرملی - نهاية المحتاج الى شرح
 المنهاج ج ٦ / ١١٤ / ١١٥ ابن قدامه - المتق ج ٢ / ٢٧٥ / ٢٧٦ ابن عبد الوهاب
 مختصر الانصاف والشرح الكبير / ٣٩٦ .

في عقد المارية وجهه تفريق المالكية بين ما يخاب وما لا يخاب . (١)

القول الثاني : ان المارية مضمونة على المستعير في هذه الحال والى هذا ذهب
الاحناف في احد القولين عنهم وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة والشافعية
في اصح القولين عنهم . (٢)

والسبب في خلاف الفقهاء في هذا الامر ما عدا الاحناف : خلافتهم
في المارية ، اهي مضمونة على اى حال ، ام انها عانة في يد المستعير فلا تضمن
الا بالتعدى او التقصير .

فمن قال من الفقهاء هنا : ان المارية مضمونة على المستعير اذا تلفت
في يد مودعه ان لم يتمدح او يقصر فلان الاصل في المارية عند : الضمان ،
فاذا تلفت في يد المودع بدون تعد او تقصير منه ، وجب الضمان على المستعير ،
اذ على اليد ما اخذت حتى تؤديه ومن هنا فلا فرق في الضمان بين ان تلف المين
المارة بتمدح او تقصير من المستعير او ان تلف بأقاة معاوية . (٣)

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ / ٤٠٣ / ٤٠٤
ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج / ٧ / ٢٨١ / ٢٨٤ على حيـــــــــــــــــد
درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٧ / ٣٢٨ مادة (٨٢٤) ابن رشد
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٣١٣ ، ابن عبد البر - الكافي في فقه
اهل المدينة المالكي ج / ٢ / ٨٠٨ ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧
مطبوع بهامش بلفة السالك ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤ / ٤٣١ حاشية
الحاج ابراهيم على الانوار لاعمال الابراج / ١ / ٥٢٣ ، المرادى - الانصاف
ج / ٦ / ١١٢ ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنع لابن قدامة ج / ٢ / ٢٢٨ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

(٣) انظر المراجع السابقة .

ومن قال من الفقهاء : ان المارية هنا غير مضمونة على المستمير ولا على المدع ، بالفتح ، اذا تلفت بدون تعد منهما ، فلان الاصل في المارية عنده كونها امانة في يد المستمير فلا تضمن الا بالتعدي او التصير في - حفظها . (١)

وسياتي في باب الضمان في عقد المارية بيان ان الراجح فيما ظهر لي كون المارية امانة في يد المستمير فلا تضمن الا بالتعدي او التصير . (٢) اما الاحناف ، فيبخلون في هذه المسئلة : خالفهم في جواز الايداع من المستمير فمن قال منهم بجواز الايداع من المستمير للمعين المعارة قال لا ضمان على المستمير في هذه المسئلة لان المعين المعارة في يد المستمير عندهم : امانة ، وقولا واحدا فلا تضمن الا بالتعدي او التصير ، فاذا كان الايداع من المستمير جائزا فليس هناك تعد يوجب الضمان .

واما من قال منهم بعدم جواز الايداع من المستمير قال : يتضمن - المستمير للمعين المعارة اذا تلفت لا لان الاصل في المارية عندهم : الضمان وانما لان المستمير قد تعدى بالايداع والمارية امانة لا تضمن الا بالتعدي ، عندهم . (٣)

وقد سبق ان الراجح فيما ظهر لي : جواز الايداع من المستمير للمعين المعارة ، الا اذا نهى المير عن ذلك ، وعليه فلا ضمان على المستمير

(١) انظر المراجع المطبقة

(٢) انظر ص وما بعدها من هذه الرسالة

(٣) انظر المراجع السابقة

إذا تلقت المين في يد المودع دون تمد أو تقصير ولا ضمان على المودع أيضا •
 أما المستمير فلمدم تمديه بالايدياع لجوازه شرعا ، والممارسة
 امانة لا تضمن الا بالتعدي كما سيأتي بيان ذلك ان شاء الله •
 وأما المودع بالفتح فلأنه امين والمؤمن لا يضمن ما أوتمن عليه ، ما
 لم يعتمد لا أو يقصر في حفظه • (١)

المطلب الثاني في تأجير المين الممارسة :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان المير اذا اذن للمستمير في تأجير
 المين الممارسة كان له حينئذ ان يؤجرها وذلك نظرا الى ان الحق في المين الممارسة
 للمير اذ هو مالكا ، ومن هنا اعتبر ما اذن فيه وامتنع عما نهى عنه في
 الجملة • (٢)

اما اذا لم ياذن المير بتأجير المين الممارسة ولم ينهي عن ذلك ،
 للفقهاء في جواز تأجير المستمير لها ثلاثة اقوال :

القول الاول : لا يجوز للمستمير في هذه الحال ، ان يؤجر المين الممارسة ، والى
 هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من الاحناف والشافعية والحنابلة في اصح
 القولين عنهم • (٣)

(١) انظر المراجع السابقة •

(٢) ابن عابدين - قره عيون الاخبار ، تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٩٠ ، على

حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ ، محمد عليش -

شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ٣ / ٤٩٤ ، الدردير الشرح الصغير

ج ٢ / ٢٠٧ ، الرملی - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ١١٩ / ١٢٧ ،

الهيثم تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٥ / ٤١٣ ، مطبوع بهامش حاشيتي

الشرواني والمبادي ، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج ٣ / ١٨ / ٢١ ، حاشية =

القول الثاني : ان للمستعير في هذه المسألة ان يؤجر المين الممارة الا ان عقد الاجارة هنا ينمقد جائزا لا لازما وذلك نظرا الى ان الاصل في المارية الجواز فللمعير ان يرجع عن الاعارة متى اراد ذلك في الجملة ، فمرعاة لحق المعير في استرداد المين الممارة متى شاء ، كان عقد الاجارة هنا جائزا لا لازما ، فلا ينقطع حق المعير حينئذ بل يكون قيام حقه في استرداد المين عذرا في نقض الاجارة ، والى هذا ذهب بعض الاحناف كما ذكر ذلك شهاب الدين احمد الشلبي منهم (١) .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل : بما اجاب به السرخسي من الاحناف عن ذلك حيث قال : " لولمك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير ، وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك " (٢)

= ابن عبد الوهاب على المقنع ج / ٢ / ٢٢٩ / ٢٣٠ المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ٣٥ / ١١٥ ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٩ (٢) المراجع السابقة - وانظر ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كـ الدقائق ج / ٥ / ٨٥ وانظر حاشية الشلبي عليه في نفس الصفحة ، داماد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج / ٢ / ٣٤٨ .

(١) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج / ٥ / ٨٥ ، السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٣٤ .

(٢) السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٣٤ .

ثم انه يلزم من جواز الاجارة من المستمير لزوم ما لا يلزم ، وهو المارسة ، او عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة ، وذلك لا يجوز لما فيه من مخالفة لموضع احد المقدين اما المارية او الاجارة ^(١) وما يؤيد هذا ، ما روى عن علاء الدين الاسيحي من الاحناف حيث قال : " والصحيح انه لا تتمد الاجارة " اي اجارة المستمير بدون اذن المير " لان من اصول اصحابنا ، ان المنافع لا قيمة لها ، وانما تتقوم بالمقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك ان يواجر باكثر مما استأجر لان القيمة لما ظهرت بالشرط اقتضت على الشوط فلم تتقوم فيما وراءه وفي المارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الاجارة ، فاذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة التخلّص ، والتخلص اذا فعل يملك الاجرة وتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصديق " . ^(٢)

القول الثالث:

اذا كانت مدة الاعارة محدودة بفترة معينة من الزمن فللمستمير حينئذ ان يواجر المير المارة خلال تلك المدة وان لم يأذن المير بذلك ، ^(٣) والى هذا ذهب الحنابلة و في احد القولين عنهم ، الا انه قول مرجوح عندهم . ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك على هذا القول نظرا الى ان المارسة اذا كانت مقيدة من حيث المدة كانت لازمة الى ان تنقضى تلك المدة في احد القولين عنهم في ذلك .

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، وانظر معه حاشية شهاب الدين احمد الشلبي ج / ٨٥ / ٥ ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠

(٢) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ج / ٨٥ / ٥ .

(٣) المرادوى - الانصاف ج / ٦ / ١٠٤ / ١١٥

واذا كانت المارية لازمة فلا مانع من تاجيرها خلال المدة التي لزمتم اليها ولا يكون في ذلك تعد على حق المير ، اذ ليس له استرداد المين المماراة ، الا بعد انتهاء المدة التي عينها ، خاصة وان المارية عندهم ، في احد القولين عنهم تملك لا اباحة . (١)

ولعل هذا القول هو اقرب الاقوال الى ما ذهب اليه المالكية لان الراجع عندهم ، ان المارية المطلقة لازمة في المدة المعتادة للانتفاع بالمين المماراة وكذلك المقيدة بمدة معينة لازمة عندهم ايضا ، الى انتهاء تلك المدة التي حددها المير .

ثم ان المارية عندهم ايضا تملك لا اباحة ، فاذا ملك المستمير المنفعة الى مدة معينة وكانت المارية لازمة الى انتهاء تلك المدة فما الذي يمنع من تاجيرها عندهم ؟

الواقع ان ظاهر ما ذهبوا اليه يدل على جواز ذلك ، اذ لا فرق حيثئذ بين المارية والاجارة في هذا الامر ، فكما يجوز للمستأجر ان يؤجر المين المستأجرة عندهم يجوز للمستمير ان يؤجرها ولا فرق فكلاهما مالك للمنفعة ملكا لازما الى مدة معينة . (٢)

وسيلتي في الفصل الثاني من هذا الباب ما يدل على ان الراجح في عقد المارية ، الجواز في الجملة لا اللزوم ، سواء اكانت المارية مطلقة

(١) المرجع السابق ج ١٠١/١٠٤/١١٥

(٢) الدردير - الشرح الصغير ج ٢٠٨/٢ - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ١٢٦/٦ ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية ٤٠٤ ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٣١٣/٢ ، مالك المدونة ج ١٦٥/٦

او مقيدة من حيث المدة • (١)

وناء على هذا فالذى يظهر لي رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء في القول الاول من انه لا يجوز للمستجير ان يؤجر المين المارة الا باذن المير وذلك نظرا " الى ان الاجارة عقد لازم والمارة عقد جائز سواء كان مطلقا او موقتا بمدة معينة وناء اللازم على الجائز لا يجوز " • (٢)

ثم ان في جواز الاجارة من المستجير بدون اذن المير زيادة ضرر على المير اولو جازت الاجارة من المستجير لما جاز للمير ان يرجع عليه حتى تفرغ مدتها ، وفي ذلك بلا شك زيادة ضرر على المير اذ قد حرم بذلك من حقه في استرداد المين المارة متى اراد ذلك فلا يلزمه هذا الامر حينئذ بغير رضاه • (٣)

واذا ثبت هذا فلا يخلو الامر بعد تاجير المستجير المين المارة اما ان تبقى الى ان ترد الى مالكةا واما ان تتلف بمعد الاجارة •

فاذا بقيت بعد الاجارة ثم ردت الى مغيرها فلا شيء حينئذ يلزم المستجير ولا المتاجر اذا كان عقد الاجارة قد تم بناء على اذن المير بذلك ، وهذا ظاهر ما ذهب اليه جماهير الفقهاء ولا أعلم خلافا

(١) انظر ص من هذه الرسالة •

(٢) حاشية شهاب الدين احمد الثلبي على تبيين الحقائق ج ٨٥ / ٥ وانظر تبيين الحقائق ايضا بهامش هذه الحاشية •

(٣) المرحمين السابقين •

ذلك في هذه المسألة . (١)

اما اذا لم يأذن المميز بتأجير المين المارة ، فاجرها المستعير
ومعد انتهاء فترة الاجارة اعادها الى مميزها ، فلفقها في ضمان المنفعة
التي استوفاهما المستاجر من المستعير قولان :

القول الاول : للمميز في هذه المسألة ان يغن المستعير او المستاجر منفعة
المين المارة ، ايها شاء ، والقرار على المستأجر ، والى هذا القول
ذهب الحنابلة . (٢)

القول الثاني : لا ضمان للمنفعة التي استوفاهما المستاجر لا على المستعير ، ولا على
المستاجر منه ، وعلى المستعير ان يتصدق بالاجرة والى هذا ذهب الاحناف ، وذلك
نظرا الى " ان المستعير هنا ، اصح بمنزلة الفاصب ، والفاصب اذا اجـر
المين المخصصة ، يملك الاجرة ويتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث
وهو استعمال مال الغير بدون اذن فكان سبيله التصدق " . (٣)

- (١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٠ ، على حيدر
درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ ، محمد عيسى - شرح منح
الجليل على مختصر الملامة خليل ج / ٣ / ٤٩٤ ، الدردير الشرح الصغير ج / ٢ /
٢٠٧ ، الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٧ / ١١٩ ، -
الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٥ / ٤١٣ ، مطبوع بهامش حاشيتي
الشرواني والمبادئ ، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج / ٢ / ١٨ / ٢١ /
مطبوعة على المنهاج وحاشية عميرة ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنع
ج / ٢ / ٢٩٨ / ٢٣٠ المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ٣٥ /
١١٥ ، ابن قدامه - المشنى ج / ٥ / ١٦٩ .
(٢) البهوتي - كطف القناع عن متن الانتاع ج / ٤ / ٧٢ / ٧٣ ، ابن قدامه
المشنى ج / ٥ / ١٦٨ / ١٦٩ .

وهذا راجع الى ان الاحناف لا يرون ان المنافع اموال يمكن تقويمها
ومن هنا فلا ضمان لها عندهم ، الا بالعقد لاجل الحاجة الماسة الى
ذلك . (١)

والواقع ان المنافع كما ذهب الى ذلك الجمهور اموال يمكن تقويمها
وسياتي بيان ذلك ان شاء الله في باب الضمان في عقد المارية . (٢)

ومن هنا فالذي يظهر لي ان منقعة العين في هذه المسألة مضمومة
على المستعير او المستأجر أيهما شاء المميز كان .

اما المستعير " فلأنه سلب غيره على اخذ مال غيره بغير اذنه
اشبه ما لو سلب على مال غيره دابة فاكلته .

واما المستأجر فلأن المنفعة فاتت تحتيدته بدون رضا المميز
ورضاه معتبر ان لا يحل شي بدون رضاهما لك . (٣)

وانما كان القرار على المستأجر ، لانه المباشر لاستيفاء المنفعة
بدون اذن المميز . (٤)

== (٣) حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبیین الحقائق ج / ٨٥/٥ -
مطبوع بهامش تبیین الحقائق على حيدر - درر الحکام شرح مجلة الاحکام
ج / ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ مادة (٨٢٣) .

- (١) المراجع السابقة وانظر السرخسي البسوط ج / ٧٩ / ٧٨ / ١١
- (٢) انظر ص من هذه الرسالة
- (٣) البهوتی - كشف القناع عن متن الاقتاع ج / ٧٣ / ٧٢ / ٤
- (٤) المرجع السابق .

اما اذا تلفت العين بعد تاجيرها ، وكان المير قد اذن للمستمير -
بالتاجير ، فللقهاء في تضمين المستاجر حينئذ قولان :

القول الاول : ان المستاجر في هذه المسألة لا يضمن المير الا اذا تعدى عليها
او قصر في حفظها ، والى هذا ذهب جماهير الفقهاء . (١)

القول الثاني : ان المستاجر في هذه المسألة يضمن المير اذا تلفت مطلقا
سواء ائلفت بتعمديه وتقصيره او كان التلف بأفة سماوية وهو قول مرجح
عند الحنابلة .

ولم اجد لهذا القول دليلا حتى يمكن مناقشته كما لم اجد لاحد ممن
الحنابلة ذكر لهذا القول الا صاحب الانصاف ، وقد عبر عنه بـ قيل ، إشارة
الى تضييفه . (٢)

ومن هنا فالذي يظهر لي وجحان ما ذهب اليه جماهير الفقهاء
وعامة اهل العلم من ان المستاجر في هذه المسألة لا يضمن ما لطف الا اذا تعدى
او قصر في حفظ المير .

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كزالدقائق ج ٥/٨٤/٨٥ ، الكاظمي
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨/٣٩٠٤ ، ابن عابدين - قرة عيون
الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨/٣٩٠ المرداوي - الانصاف في معرفة الرائج
من الخلاف ج ٦/١٠١/١١٥ ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنع ج ٢/٢١٨/
٢٢٨ ، النووي - روضة الطالبين ج ٤/٤٣١ ج ٥/٢٢٦ الرملسي -
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥/١١٩/١٢٢ ، الانوار الى اعمال الابرار
ج ١/٥٢٣/٦١٠ حاشية الحاج ابراهيم على الانوار ج ١/٥٢٢ .
(٢) المراجع السابقة .

وذلك نظرا الى ان المين الموجهة امانة في يد مستاجرها لانه قبض المين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ، كما لو قبض المبد الموصى له بخدمته سنة ، وعلى هذا فهو امين والمؤمن لا يضمن عند الفقهاء ، ما لم يثبته ~~أو يقصر~~ (١)

اما اذا تلقت المين المارة بعد تاجير المستعير لها ، والمير لم يأذن بالتاجير فالمين المارة ومنفعتها مضمونتان ، في هذه الحالة ، على المستعير او المستاجر ايهما شاء المير ~~كان~~ . اما تضمين المستعير فلأنه قد تعدى بتسليم المين المارة الى المستاجر بدون اذن المير فكان كما لو سلط على مال غيره ، اية فاكلته .

واما تضمين المستاجر فلأنه قبض مال غيره ، واستوفى منافعه ، بدون اذنه ، فصار كالمستاجر ^{من} الفاسد .

والقرار على ^{المستاجر} المستاجر ان يختار المير تضمين المستعير ، هذا اذا كان المستاجر عالما ، بان المين ، عارية في يد الموجه لم يأذن ربها فليس اعارتها ، ان لم يغور المستعير بالمستاجر هنا ، لعلمه بسبب الضمان فصار كالمستاجر من الفاسد العالم بالفصد ، اما اذا كان المستاجر يجهل ذلك ، فالقرار في ضمان المنفعة على ^{المستاجر} المستاجر ^{المستعير} لانه ^{المستعير} المستعير للمنفعة ، وفي ضمان المين ، على المستعير لتعديده بتاجير المين بدون اذن المير من جهة وتغيبه للمستاجر من جهة اخرى .

(١) المراجع السابقة .

(ب) والى هذا التفصيل ذهب الحنابلة ، كما ذهب اليه الاحناف ، الا انهم ان احناف

اقتصروا في ذلك على ضمان العين فقط ، اما المنفعة فقد سبق انها غير مضمونة
عندهم لان المنافع كما يرون ليست اموالا . (١)

وسياتي ان شاء الله ما يدل على خلاف ذلك . (٢)

(١) هذا ولم اجد للمالكية والشافعية تفصيلا في هذه المسألة ، والله اعلم .
تمالى اعلم .

المطلب الثالث : رهن العين الممارة :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في جواز رهن المستعير العين الممارة
في دينه ، اذا اذن المير بذلك . وذلك نظرا الى ان المستعير انما يملك
الانتفاع بالعين الممارة من جهة المير فجاز ما اذن فيه ، واعتبر ما نهى
عنه في الجملة .

واما كون المستعير لا يملك العين الممارة ، فلا يعتبر مانعا من صحة
الرهن " لان الرهن توثق ، وهو يحصل بما لا يملكه ، بدليل

(١) ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٨ / ١٦٩ ، البهوتى - كشف القناع
عن متن الانتاع ج / ٤ / ٢٢ / ٧٣ .

الزيللى - تبين الحقائق وشرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ وانظر في نفس
الصفحة في الهامش حاشية شهاب الدين احمد الشلبي على تبين الحقائق ،
ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٣٩٣ / ٣٩٤
الكاظمي - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٨ / ٣٩٠٠ / ٣٩٠١ .

(٢) انظر ص من هذه الرسالة .

الاشهاد ، والقالة ، وذلك بخلاف بيع ملك غيره لنفسه ، لا يصح ، لان البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك المثلث " . (١)

اما اذا لم ياذن المير برهن المين المعارة ، فلا يجوز حينئذ للمستعير رهنها في دينه وذلك نظرا الى " ان الرهن ايقا " ، وليس للمستعير ان يوفى دينه بمال غيره بخير اذنه ، ولان في الرهن ضررا على المير ، لانه عقود لازم بعد القبض من جهة الراهن ، والمارية عقد جائز من الجانبين ، فصار كتاجير المين المعارة بدون اذن المير " . (٢)

واذا تبين هذا ، فان المستعير اذا رهن المين المعارة بدون اذن المير فتلقفت في يد المرتهن كان المير مخيرا بين ان يضمن المستعير ، او يضمن المرتهن اما المستعير فلانه صار برهنه للمين المعارة بدون اذن المير كالغاصب لتمديه ، واما المرتهن " فلانه قبض مال الغير بلا اذنه ورضا " فهو في حكم غاصب الغاصب ، ومن هنا كان للمير تضمينه واداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ، ولا رجوع له على الراهن ، المستعير بما ضمن لما سبق من كونه غاصبا ، وانما يرجع بدينه فقط " .

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٩٠ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٢٥ / ٣٢٦ مادة (٨٢٣) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٢٨١ شرح الخري على مختصر سيدى خليل ج ٥ / ٢٤٢ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ١١١ مطبوع بهل مشى بلفه السالك - شرح الزرقاني على مختصر سيدى خليل ج ٥ / ٢٤٠ ، الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ١٤٨ / ١٤٩ ، الرولى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤ / ٢٣٩ ابن قدامة ح المثنى ج ٥ / ١٦٩ البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ٣٢٢ / ٣٢٣ ، حاشية ابن عبد الوهاب على المقنع ج ٢ / ١٠٣ .

(٢) المراجع السابقة .

وإذا اختار المير تضمين المستعير ، تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن
لأنه ملك المير باداء الضمان فتيقن انه رهن ملك نفسه ، وبعد الدين الذي في
مقابلته كأنه استوفى يوم قبض الرهن ، وسقط الدين بطريق الاستيفاء ،
ويطلق على هذا التصرف : الاستيفاء الحكيم .

والى هذا التفصيل في الضمان ذهب الاحناف (١) ولم اجد لغيرهم
من فقهاء المذاهب كلاما حول الضمان في هذه المسألة لا في كتاب المارسة
ولا في كتاب الرهن .

وإذا ثبت هذا ، فان لرهن المير المعارة باذن المير ، ط حكام
كثيرة ، سنقتصر على اهمها في المسائل التالية :

المسألة الاولى : اذا اذن المير للمستعير ، برهن المير المعارة ، فهل تمتعير
المير المعارة للرهن حينئذ مضمونة في يد المرتهن ، ام امانة :
للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : ان المير المعارة للرهن امانة في يد المرتهن لا تضمن الا بالتعدي
او التقصير في حفظها ، والى هذا ذهب الحنابلة ، والطفمية واليه ذهب المالكية
فيما لا يشاب عليه ويرى هذا القول ، عن علي رضي الله عنه وعطاء والزهرى

(١) ابن عابدين — قرعة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ /

٣٩٣ ، على حيدر — درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ١٤١ / ٣٢٧

مادة (٧٤١) مادة (٨٢٣) .

والاوضاعى وابو شور وابن المنذر (١) .

القول الثاني : ان المين المعارة للرهن مضمونة في يد المرتهن سواء تلفت

بتمديه او تقصيره في حفظها او كان التلف بأفة سماحية .

والى هذا ذهب الاحناف واليه ذهب المالكية فيما يفتاب عليه

من الاعيان ، وروى هذا القول عن شرح ^{الخصي} والنحفي والحسن . (٢)

ومن ابرز ادلة هذا الفريق من العلماء ما يلي :

(١) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم الفزى ج ١/ ٣٦٣ الشيرازى -

المهذب ج ١/ ٣٢٣ ، النووى - روضة الطالبين ج ٤/ ٩٦ ، ابن

قدامة - المفتى ج ٤/ ٢٩٧ ج ٥/ ١٦٩/ ١٧٠ البهوتى - كشاف القناع

عن متن الاقتاع ج ٣/ ٣٤١ ، ابن عبد الوهاب = مختصر الانصاف والشرح

الكبير ٣٣٨ ، ابن عبد البر - الكافى في فقه اهل المدينة المالكي ج ٢/ ٨١٦/

٨١٧ ابن جزى - قوانين الاحكام الشوعية / ٣٥٢ ، الدردير - الشرح الصغير

ج ٢/ ١٢١ مطبوع بهامش بلفة السالك * حاشية الصاوى على شرح

الصغير .

(٢) المراجع السابقة ، للمالكية وانظر داماد افندى - بجمع الانهـ

شرح ملحق الابحرج / ٥٨٦ ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار

ج ٨/ ٤٠١ الزيلعى - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج ٦/ ٦٢ / ٦٤ ،

ابن قدامة - المفتى ج ٤/ ٢٩٧

يلاحظ ان المالكية يفرقون في هذه المسألة بين ما اذا كانت المين المعارة

لرهن مما يفتاب عليه وبين ما اذا كانت مما لا يفتاب عليه ، وسياتي بيان

وجه تفرقهم هذا عند الكلام على الضمان في عقد المارية أنظر -

ص من هذه الرسالة .

١ - ما روى عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : الرهن بما فيه . (١)

فدل الحديث الشريف على ان الرهن اذا تلف فهو بما فيه من دين وعلى هذا فهو مضمون وان لم يثمد ~~في~~ المرتهن عليه ، لعدم وجود ما يدل على استثناء ذلك .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل : بان حديث انس روى مرسلاً وسنداً والسند ان صح فيحتمل ان المراد : بان الرهن محسوس بما فيه . (٢)

(١) روى هذا الحديث مسنداً ومرسلاً ، قال المسند رواء الدارقطني في سننه عن حميد عن انس ثم قال : هذا لا يثبت عن حميد وبينه وبين شيخنا كلهم ضعف ، ورواه عن حماد عن قتادة عن طريق اسماعيل ابن ابي امية ثم قال : وهذا باطل عن حماد وقاتادة واسماعيل هذا يضع الحديث . واما المرسل ، فرواه ، ابوداود في مراسيله ، قال ابن القطان : مرسل صحيح ، واخرجه ايضا عن طائفة ورواه نحوه سواء ، واخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابي الزنا وقال : ادركت من فقهاءنا الذين ينتهي الى قولهم انهم قالوا : الرهن بما فيه اذا كان هلك ، وعبرت قيمته ، ورفعت ذلك منهم الثقة السليمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالوا : الرهن بما فيه . باختصار من ، نصب الراية لاحاديث الهداية للزيلعي - ج / ٤ / ٣٢١ / ٣٢٢ .

(٢) ابن قدامة - المغنى ج / ٤ / ٢٩٨

٢ - روى عن عطاء ان رجلا رهن فرسا ، فنفق في يده فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم للمرتين : ذهب حقاك * (١)

حيث دل قول النبي صلى الله عليه وسلم للمرتين : ذهب حقاك ،
ان الرهن مضمون عليه ، ^{لو} اذا لم يكن مضمونا عليه ، لما ذهب حقه
في الدين .

ويمكن ان يناقش هذا الدليل " بان هذا الحديث ، مرسل وقول
عطاء يخالفه ، قال الدارقطني : يرويه اسماعيل ابن امية ، وكان كذابا ، وقيل
يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا .

ويحتمل انه اراد ، ذهب حقاك من الوثيقة ، بدليل انه لم يسأل
عن قدر الدين وقيمة الفرس * (٢) .

ولهذا قالذي يظهر لي : رجحان ما ذهب اليه اصحاب القول الاول ،
من ان الميمن العمارة اذا رهنّت باذن الميمر ، فهي امانة في يد المرتين
ولا تضمن الا بالتمدي او التقصير في حفظها .
وذلك نظرا لما روى عن ابي هريرة رضى الله عنه ، عن النبي

(١) هذا الحديث أخرجه ابوداود في مراسيله عن ابن المبارك عن
مصعب بن ثابت عن عطاء ، ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه في اثني عشر
البسوع ، حدثنا عبد الله بن المبارك به ، قال عبد الحق في احكامه :
هو مرسل وضعيف ، قال ابن القطان في كتابه ، ومصعب بن ثابت
ضعيف كثير الغلط وان كان صدوقا .

التلخيص - نصب الرأية لاحاديث الهداية ج ٤ / ٣٢١ .

(٢) ابن قدامة - المقنى ج ٤ / ٢٩٧ / ٢٩٨ .

صلى الله عليه وسلم قال : " لا يخلق الرهن ^(١) من صاحبه الذى رهنه ، —
 غنمة ، وعليه غرمه . (٢)

(١) لا يخلق الرهن ، يحتمل ان تكون لا نافية ، يحتمل ان تكون ناهية ، قال فـ
 القاموس : غلق الرهن كقرح استحققه المرتهن ، وذلك اذا لم يفتكه في الوقت المشروط
 وقال الازهرى : الفلق في الرهن ضد الفك فاذا فك الراهن الرهن ، فقد اطلقه
 من وثاقه عند مرتتهن ، وقصر ممر بما اذا قال الرجل : ان لم آتكم بمالك فالرهن
 لك ، ثم روى عنه انه قال : ان هلك لم يذهب حق هذا انما هلك من رب الرهن ،
 له غنمة وعليه غرمه وقد روى ان المرتهن في الجاهلية ، كان يملك الرهن ، اذا لم
 يؤد الراهن اليه ما يستحقه في الوقت المضروب فابطله الشارع . انظر الشوكاني —
 نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ / ٣٥٥ .

(٢) هذا الحديث رواه الشافعي والدارقطني وقال : هذا اسناد حسن متصل
 واخرجه الحاكم ايضا في المستدرک في البيوع عن سفیان بن عيينة وقال : هذا حديث
 صحيح اعلى الاسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه لاختلاف فيه على اصحاب الزهرى
 واخرجه ايضا ابن ماجة من طريق اخرى ، وصحح ابوداود والبزار والدارقطني وابن
 القطان ارساله عن سعيد بن السبب بدون ذكر ابى هريرة ، وقال في بلوغ المرام
 ان رجاله ثقات الا ان المحفوظ عند ابى داود وغيره ارساله .

وصحح فضله ابن عبد البر ، وقال هذه اللفظة يعني له غنمة وعليه غرمه ، اختلف الرواة
 في رفعها ووقفها فرفعها ابن ابى ذئب ومعه وغيرهما ووقفها غيرهم . وقد روى هذا
 الحديث متصلا ايضا من طرق اخرى عديدة ذكرها الدارقطني ومن اجود طرقه المتصلة
 ما ذكرناه انظر في هذا ، الشوكاني — نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٥ /
 ٣٥٤ ، الزيلعي — نصب الراية لاحاديث الهداية ج / ٤ / ٣١٩ / ٣٢٠ .

فقله : فليغرمه ، دليل على ان الرهن ان تلف في يد المرتهن ، بدون تعد او تقصير منه ، فغرمه على صاحبه المالك له ، ومعنى هذا ان لا ضمان على المرتهن ، ان تلف الرهن بدون تعد او تقصير .

وهذا : " ان الرهن وثيقة بالدين ، فلا يضمن كالتزادة على قدر الدين ، وكالتفصيل والشاهد ولانه مقبوض بمقد واحد ، بمضه امانة ، فكان جميعه امانة كالوديعة " . (١)

واذا تبين ان المميز اذا اذن في الرهن فلا ضمان على المرتهن الا اذا تعدى ، فهل تعتبر العين المعارة المرهونة حينئذ مضمونة على المستمير ، اذا تلفت في يد المرتهن بدون تعد منه او تقصير ام انها غير مضمونة عليه ايضا .

الواقع : ان للفقهاء في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : لا ضمان على المستمير في هذه المسألة حتى وان تلفت العين المعارة تحتيدده ما لم يتعد او يقصر ، والى هذا ، ذهب الاحناف ، واليه ذهب المالكية في عارية ما لا يفتاب عليه . (٢)

(١) ابن قدامة - المغنى ج ٤ / ٢٩٧ .

(٢) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ١ / ٧٠٩ وابن نجيم - البحر

الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٢٨١

الكلايني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٤ / ٣٩٠٥ ،

حاشية المدوى على شرح الخرشي ج ٥ / ٢٤٢ مطبوعة بهامش

الشرح المذكور ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٢٣ / ١٢٤

الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ٢٠٦ / ٢٠٧ مطبوع بهامش يلغة السالك

ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٣ / ٣١٤ .

القول الثاني : على المستعير في هذه المسألة ضمان المدين الممارسة للرهن ، سواء
 اكان التلف في يد المستعير ، او في يد المرتهن بدون تعدله او تقصير . والى
 هذا ذهب الحنابلة ، وذلك نظرا الى ان الممارسة عندهم مضمونة على المستعير
 حتى وان تلفت بدون تعدد منه او تقصير ، وذلك في اصح القولين عنهم ، وهذا
 ظاهر ما ذهب اليه المالكية في عارية ما يغاب عليه كالحلى ونحوها . (١)
 وسيأتي عند الكلام على الضمان في عقد الممارسة ، بيان ان الممارسة
 امانة لا تضمن الا بالتعدى او التقصير في حفظها بدون فرق بين ما يغاب عليه
 وما لا يغاب . (٢)

القول الثالث : على المستعير في هذه المسألة ضمان المدين الممارسة للرهن ، اذا
 تلف تحت يده ، لان الممارسة مضمونة حتى وان تلفت بدون تعدد او تقصير
 كما سبق ذلك عند الحنابلة في القول الثاني اما اذا تلفت تحت يد المرتهن
 بدون تعدد او تقصير منه فلا ضمان لا على المرتهن ولا على المستعير حينئذ ، اما
 المرتهن ، فلما سبق من انه امين ، والمؤمن على الشيء لا يضمنه ، ما لم
 يعتمد على او يقصر في حفظه ، واما المستعير فلانه لم يقط الحق عن ذمته بتلف
 الرهن . والى هذا التفصيل ذهب الشافعية . (٣)

-
- (١) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٣ / ٣٢٣ / ٣٢٤ ، دهن رجب
 القواعد في الفقه الاسلامي ٤٨ / ٤ ، القاعدة (٣٧) .
 (٢) انظر ص من هذه الرسالة .
 (٣) الانصارى - اسنى الطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ١٤٩ ، الرملى -
 نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج / ٤ / ٢٤١ ، الشربيني - مفتى المحتاج
 الى معرفة معاني الشاظر المنهاج ج / ٢ / ١٢٥ .

ويمكن ان يجاب عن هذا ، بان المارية امانة لا تضمن الا بالتمدى
اوالتقصير وسيأتي ذكر ما يدل على ذلك عند الكلام على الضمان في عقد
المارية .

واذا كانت المارية امانة ، فان الذى يظهر لي^{بحجته} من الاقوال السابقة : القول
الاول ، لانه لا ضمان على المستعير في هذه المسألة ، لانه لم يتمدد^{لا} برهن
المعين المعارة للذن بذلك من المعير ، واذا لم يتمدد^{لا} وهو امين فلا ضمان
عليه لان من اوتمن على شيء لم يضمنه ما لم يتمدى عليه او يقصر في
حفظه .

المسألة الثانية : اذا اذن المعير للمستعير في رهن الممين المعارة ، فهل يعتبر
العلم بقدر الدين وجنسه شرطاً او لا .
للغتها في ذلك قولان :

القول الاول : لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه شرطاً ، والى هذا القول
ذهب كل من الاحناف والحنابلة ، وهو قال ابو ثور . (١)

(د) القول الثاني : يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه شرطاً ، والى هذا ذهب
الشافعية ، ويستدلون على ذلك بان الضرر يختلف بالرهن في دين ودون دين

(١) السمرقندى - تحفة الفقهاء ج ٤٨/٣ ، وعلى حيدر - درر الحكام
شرح مجلة الاحكام ج ١١٦/٢ مادة (٢٢٧) ، ابن قدامة - المغنى
ج ٥/١٦٩ ، البهوتى - كلف القناع عن متن الاقناع ج ٣ / ٣٢٢ /
٣٢٣ .

فلايد من معرفة جنسه وقدره . (١)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل : بان العلم بمقدار منفعة الميــــن
المعارة ، لا يعتبر شرطا لصحة عقد المايمة لان الجهالة لا تؤثر
في هذا العقد ، باعتباره عقد غير لازم .

فاذا كان العلم بمقدار المنفعة ليس شرطا لصحة عقد المايمة
فلا يعتبر العلم بمقدار الدين ولا جنسه شرطا ، لرهن المين المعارة فــــي
دين المستمير (٢) ، ثم ان المير للرهن اذا لم يمين نوع الدين ومقداره " وكان
تصرفه هذا بمنزلة الاذن منه للمستمير بقضاء الدين من مال هو عنده وديمة ،
وقد اذن مطلقا فيجب العمل باطلاقه " . (٣)

ولهذا فالذي يظهر لي : رجحان القول الاول من انه لا يعتبر
العلم بقدر الدين وجنسه ، لان المين المرهونة " مارة لجنس من النفع
فلم تعتبر معرفة قدره وكمية الارض للزرع " . (٤)

(١) الانصاري - اسنى الطالب شرح رضى الطالب ج / ١٤٩ / ٢ ،
الرملى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٢٤٠ / ٤ ،
الشرييني - مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج
ج / ١٢٥ / ٢ .

(٢) ابن قدامة - المشنى ج / ١٦٩ / ٥ .

(٣) السمرقندى - تحفة الفقهاء ج / ٤٨ / ٣ .

(٤) ابن قدامة - المشنى ج / ١٦٩ / ٥ .

هناك خلاف

١٧

واذا تبين هذا الامر فلا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان المير للزهره ، اذا عين نوع الدين ومقداره ، وتمين ذلك فليس للمستمير حينئذ ، ان يرهن الميرن المعارة في غيرها سواء المير ، الا ان يكون اقل ضررا مما سماه . (١) لان التقيد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تمسره اداؤه ، وينفي النقصان ايضا لان غرضه ، ان يصير مستوفيا ، ولاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير ، والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا ، فيضمن ، الا اذا عين له اكثر من قيمته ، وفرهه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر ، فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير ، لان غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك ، مع تسر اداؤه ، لانه لا يرجع ، الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به ، فتعيينه اكثر من قيمته غير مفيد في حقه ، بل فيه ضرر عليه لتسر اداؤه . (٢)

واذا اتضح هذا ، فان المير اذا عين مقدار الدين وجنسه ، فخالف ذلك المستمير ، وفرهه الميرن المعارة فيما هو اكثر ضررا مما عينه المير ، خسر المير حينئذ ، اذا تلقت العين بين تضمين المستمير او تضمين المرتهن ، لان كل واحد منهما متعد في حقه ، فصار الراهن كالفاسب ، والمرتهن كفاسب الفاسب . (٣)

(١) المرقندي - تحفة الفقهاء ج ٣ / ٤٨ / ٤٩ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٢ / ١١٦ / ١١٧ / ١١٨ مادة (٢٢٧ و ٢٢٨) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كزالدقائق ج ٨ / ٣٠٥ شرح الخروشي على مختصر سيدي خليل - ج ٥ / ٢٤٢ / ٢٤٣ ، الدردير - الشرح الصغير ج ٢ / ١١١ مطبوع بهامش بلفظة السالك ، المواق - التاج والاكيل لمختصر خليل ج ٥ / ٧ / ٨ مطبوع بهامش مواهب الجليل الشربيني - مفتي المحتاج ج ٢ / ١٢٥ ، الرولى - نهضة المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤ / ٢٤٠ / ٢٤١ ، الانصاري - اسنى المظالم =

" ثم ان ضمن المستعير ، تم المقد بينه وبين المرتهن لانه ، ملكه باداء الضمان ، فتيبين انه رهن ملك نفسه ، وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن ، والدين على الراهن " . (١)

والى هذا ذهب الاجناف ، واليه ذهب المالكية ايضا ، الا انهم ايسرروا المعير بين تضمين المستعير والمرتهن ، وانما جعلوا الضمان على المستعير في هذه المسألة . (٢)

(٣) والواقع ان الخلاف هنا ، لا ثمة له ، لان من يقول بتضمين المرتهن ، اذا اختار المعير ذلك يقول بقرار الضمان على المستعير ، فجميعهم متفقون على ان مال الضمان على المستعير .

هذا ، ولم اجد للشافعية والحنابلة كلاما في هذا الامر في جميع ما اطلعت عليه من كتبهم ، لا في كتاب المارية ولا في كتاب الرهن .

== شرح روض الطالب ج / ٢ / ١٤٩ / ١٥٠ ، ابن قدامة المغنى ج / ٥ / ١٦٩ ،

البهوتي - القناع عن متن الاتقان ج / ٣ / ٣٢٣ .

(٢) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج / ٦ / ٨٩ .

(٣) المرجع السابق ج / ٦ / ٨٨ .

(١) المرجع السابق ج / ٦ / ٨٩ .

(٢) المرجع السابق ج / ٦ / ٨٨ / ٨٩ ، داماد افتدى - مجمع الانهر شرح

ملتنق الابرج ج / ٢ / ٦٠٢ ، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ج / ٨ / ٣٧١٨ ، شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ٥ / ٢٤٢ / ٢٤٣

الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ١١١ ، مباحث بهامش باغة السالك .

المسألة الثالثة : اذا أذن المير ، للمستمير في رهن العين المارة ، فهل

يصير المير ضامنا لدين المستمير أولا .

للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : يصير المير ضامنا للدين في رتبة ذلك الشيء المرهون

والى هذا ذهب الظعمية في احد القولين عنهم وهو الاظهر عندهم . (١)

القول الثاني : لا يصير المير ضامنا للدين في هذه المسألة والى هذا ذهب (د)

الشافعية في احد القولين عنهم ، والى مذهب الحنابلة .

وذلك نظرا " الى ان المير اعاد المستمير ليقضى حاجته من العين

المارة ، فلم يكن ضامنا كسائر العواري " . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل " بان الانتفاع هنا ، انما يحصل

بإهلاك العين ، ببيعها في الدين ، فهو مناف لوضع العارية ، فكان ضامنا للدين

في رتبة ذلك الشيء المرهون ، فلا تعلق للدين في ذمة المير ، وانما فـي

رتبة العين المارة للرهن " . (٣)

ومن هنا ، فالذى يظهر لي : رجحان ما ذهب اليه اصحاب القول الاول

من ان المير يصير ضامنا للدين في رتبة ذلك الشيء المرهون ، لان المير كما

(١) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢/ ١٤٨/ ١٤٩ ،

وانظر حاشية الرملى عليه الشرييني - مثنى المحتاج الى معرفة معاني

الفاظ المنهاج ج ٢/ ١٢٥ ، الرملى - نهاية المحتاج ج ٤/ ٢٤٠ .

(٢) المراجع السابقة ، ابن قدامة - المثنى ج ٥/ ١٦٩ .

(٣) الرملى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤/ ٢٤٠ ،

يملك ان يلزم ذمته بدين غيره ، فينبغي ان يملك الزام ذلك عين ماله ، لان كلا منهما محل حقه وتصرفه ، فعلم انه لا تعلق للدين بذمته ، حتى لو مات لم يحل الدين ، ولو تلف المرهون لم يلزمه الاداء . (١)

المسألة الرابعة : اذا اذن المير للمستمر في رهن المين المارة ، فرهنها في دينه ثم قضى بعض ذلك الدين ، فهل ينفك من المين المارة المرهونة بمقدار ما قضا ، ام ان المين تبقى كلها مرهونة فيما بقي من الدين . للفقهاء في ذلك قولان :

القول الاول : لا ينفك بعض الرهن المارة ، اذا قضى المستمر بعض الدين ، وانما يبقى كله رهنا فيما بقي من الدين ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء . (٢)

القول الثاني : ينفك من الرهن بمقدار ما يقضى من الدين ، والى هذا ذهب الحنابلة في احد الوجهين (٣) وذلك نظرا الى ان جميع الرهن محبوس بجميع الدين ، فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه ، اصله الكفالة . (٤)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل " بان الرهن محبوس بحق ، فوجب ان يكون محبوسا بكل جزء منه اصله حبس التركة على الورثة ، حتى يورثوا ، الدين الذي على الميت " . (٥)

-
- (١) الشرييني - مننى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج / ٢ / ١٢٥ .
 (٢) ابن قدامة - المنى ج / ٥ / ١٢٠ ج / ٤ / ٢٦٠ ، الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٦ / ٧٨ / ٧٩ ، ابن رشد - بدائية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٢٧٥ .
 (٣) ابن قدامة - المنى ج / ٤ / ٢٦٠ .
 (٤) ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٢٧٥ .
 (٥) المرجع المطبق ج / ٢ / ٢٧٥ .

الاول

ومن هنا قالذي يظهر لي : رجحان القول " لان مجموع الرهن محبوس بكل الدين ، فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين ، تحصيله للمقصد ، وهو المبالغة في الحمل على الايفاء ، فصار كالبيع في يد البائع " (١) والله تعالى اعلم بالصواب .

المطلب الرابع : اصلاح المين المعارة :

ذكر الفقهاء لاصلاح المين المعارة من الميب صورتان :

الصورة الاولى : اذا استعار شخص منشارا مثلا ، فانكسر اثناء النشر ، فهل يجوز

له ان يصلحه بدون اذن المميز ام لا بد من اذنه في ذلك .

الصورة الثانية : اذا استعار شخص كتابا ، فوجد في كتابته اخطاء ، فهل له ان -

يصلحه بدون اذن المميز ، او ليس له ذلك الا باذنه .

ويمكن اعتبار الصورة الاولى مثلا ، لاصلاح المين المعارة من عيب حد شعبه

انشاء عقد المعارة ، ويمكن اعتبار الصورة الثانية ، مثلا لاصلاح المين المعارة من

عيب حدث قبل انشاء عقد المعارة .

ولم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء كلاما عن الصورة الاولى الا في

كتب الاحناف ، فقد جاء في تكملة رد المحتار : " استعار منشارا فانكسر فسي

النشر نصفين ، فدفعه الى الحداد فوصله بخير اذن المميز ، ينقطع حقه ، وعلى

المستعير قيمته منكسوا ، وكذا الناصب اذا غصبه منكسرا كذا في القنية في كتاب الفصب

- انتهى - الهندية " . (١)

(١) ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤١٩ .

واما الصورة الثانية : وهي اصلاح الخط في الكتاب ، فتكلم عنها الاحناف والشافعية ،
بإيجاز .

فاتفقوا على انه يجب على المستمير اصلاح الخط في حفظ القرآن الكريم ،
بدون اذن مميّره اذا كان المستمير ، متيقنا من الخط ، وخطه مناسب لا يشوه
جمال خط القرآن وتناسقه ، لما في ذلك من انقاص قيمته المادية .
وان ترك المستمير اصلاحه ، مع تمكنه من ذلك ، على وجه لا يشوب
الكتاب ، وتيقنه من الخط ، فهو آثم بذلك ، لوجوب اصلاح الخط في
كتابه بخط مناسب . (١)

اما اذا لم يكن خط المستمير مناسباً ، وهو متأكد من الخط ، فذهب
الاحناف الى انه يكتب الصفحة في ورقة وجعلها في وسط القرآن الكريم ، جعلا
بين الحسينين ، التنبيه الى الخط ، وعدم تشويه الكتاب .
ولا اظن ان احدا من الفقهاء يخالف في ذلك لان ذلك من باب المعروف ،
الذي امرت به عموماً الشريعة الاسلامية .

اما ما عدا القرآن من كتب العلم الاخرى ، فذهب الشافعية ، الى
عدم اصلاح الخط فيها ، الا باذن صاحبها ، لان التصرف في ملك الغير
بدون اذنه لا يجوز ، واصلاح الكتابة بدون اذن صاحبها تصرف في ملك الغير بدون
اذنه .

اما الاحناف ، فاجازوا للمستمير ان يصلح الخط في الكتاب المستمير

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج / ٨ / ٤١٥ / ٤١٩
حاشية الرملى على اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٥ .

إذا علم رضا صاحبه بذلك ، وعلى شرط ، أن يكون خطه مناسباً متيقناً من أن الصواب فيما يصلحه ، فإن علم عدم رضاه بذلك ، فينبغي عندهم ، أن لا يصلحه لأنه تصرف في ملك الغير بدون أذنه ، وهو لا يجوز •

وقال ابن وهبان من الأحناف : " ولا شك أن خط المستمير أن كان مناسباً خط الكتاب ، وهو يقطع أن الصواب فيما يصلحه ، وأصلحه ، لا يكـره صاحب الكتاب ذلك أن كان عاقلاً ، وينبغي للمستمير إذا لم يكن خطه مناسباً أن يكتب الإصلاح في ورقة ويضعها في الكتاب ويملم عليه ، ليملم به صاحبـه فيصلحه ، لأن إصلاح كتب العلم من القربات ، والا فلا يفعل ، فلو فعل يـنبـي أن يضمن ، وأن لم يقطع باللفظ ، راجع اعلم منه ، أو نسخة اصح " اهـ " ولا يأثم بترك الإصلاح ، إلا في القرآن العظيم ، لأنه واجب الإصلاح بخط مكاسب^(١) والله تعالى اعلم •

وانتهاء هذا المطلب تأتي إلى ختام الكلام عن هذا البحث وقد كان في التصرفات التي يملكها المستمير في المين الممارسة ، هانتها تكون قد انتهينا من الكلام على الفصل الأول من الباب الرابع ، فارجو أن أكون ممن وفق في بحث مسائله ودراستها ، والله المستعان •

(١) ابن عابدين - قرعة عيون الأخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤١٥ / ٤١٩
حاشية الرمل على أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٥ •

الفصل الثاني : في تقسيم المارية من حيث الصيغة ، الى جائزة ولازمة :

البحث الاول : في المارية الجائزة من جانب المميز والمستميز •

البحث الثاني : في المارية اللازمة من جانب المميز والمستميز •

البحث الثالث : في المارية اللازمة من جانب المميز دون المستميز او العكس •

البحث الرابع : في خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة على المستميز حال لزوم عقد المارية •

المبحث الاول : المارية الجائزة من جانب المغير والمستمير ؛

ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية

الى ان الاصل في عقد المارية ، الجواز من جهة المغير ، والمستمير فلكل منهما

حق الرجوع عن عقد المارية متى شاء ، سواء اكانت المارية مطلقة او موقته ،

الا في حالات سنذكرها في المباحث الالية ان شاء الله .

وذهب المالكية ؛ الى ان المارية ان كانت موقته بأجل ، كما اذا قال

المغير : اعرتك هذه الدار شهرا او سنة او نحو ذلك ، او موقته بممـل

كأن يقول المغير : اعرتك هذه السيارة لتحمل عليها غشي بيتك ، او نحو

ذلك ، فان المارية حينئذ لازمة عندهم الى انقضاء الاجل

او العمل . (٢)

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٣ ، الزيلعي -

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٤ داماد افندي - مجمع الانهر

شرح ملتقى الابحر ج ٢ / ٣٤٧ ، السيد البكري - اعانة الطالبين مع فتح

المعين ج ٣ / ١٣٣ ، النووي - روضة الطالبين ج ٤ / ٤٣٦ ، الرافعي

فتح الميز شرح الوجيز ج ١١ / ٢٢٤ مطبع مع تكملة المجموع ، ابن عبد الوهاب -

مختصر الانصاف والشرح الكبير ٣٨٩ ، البهوتي - شرح منتهى الارادات ج ٢ /

٣٩٣ ، ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٢٠ ، المرتضى - البحر الزخار

الجامع لمذاهب علماء الامصار ج ٥ / ١٢٨ .

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦ / ١٢٦ ، الدردير -

الشرح الصغير ج ٢ / ٢٠٨ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤

ابن رعد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٣ .

وذلك نظرا الى ان من الزم نفسه معروفا لزمه (١) ولأن المميز قد ملكه المنفعة في مدة ، وصارت المين في يده ، بمقد مباح ، فلم يملك الرجوع فيها الا باختيار المملك ، كالمبد الموصى بخدمته والمستأجر ، والصمى . (٢)
اما اذا كانت المارية مطلقة فلهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : ان المارية المطلقة جائزة غير لازمة فيملا عدا اعارة الارض للفوس او البناء فيلزم قدر ما تمار لمثله في عرف الناس واصطلاحهم ، ومن ثم فلا يحق للمميز ان يرجع عن اعارة الارض ، على هذا القول عندهم ، لا قبل حصول الفرس او البناء ولا بعده ، بل لا بد من مضي المدة المعتادة للانتفاع بها . (٣)

القول الثاني : ان المارية المطلقة لازمة في المدة التي يرى الناس انها كافية للانتفاع بمثل تلك المارية ، سواء كانت المين المسمورة ، أرضا للفوس والبناء ، او كانت لغير ذلك ، وسواء حصل الفرس والبناء اولم يحصل ، وذلك لان المعروف عرفا كالمشروط نصا . (٤)

(١) محمد عيش - شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٦ .

(٢) الاشراف على مسائل الخلاف ج / ٢ / ٣٩ ، ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٢٠ .

(٣) الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٤ وانظر حاشية الدوقى عليه ،

محمد عيش - شرح منج الجليل على مختصر العلامة خليل ج / ٣ / ٤٩٦ ،

الخطاب - مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ج / ٥ / ٢٧١ .

(٤) المراجع السابقة .

القول الثالث : ان المارية المطلقة جائزة من الجانبين فلهمير او المستمير ، الرجوع عن المقد متى شاء ، وان كان بالامكان تقييد المارية بالمرف ، الا انه ليس كتقييد الشرط ، وهذا هو القول المعتمد عند المالكية ، وهو قول الامام مالك وابن القاسم واشهب . (١)

وجب التنبيه على ان محل الخلاف بين المالكية في هذه المسألة انما هو فيما اذا كانت المين المارة ، ارضا اعيرت للفرس او البناء ، ولم يحصل بعد ، او كانت لغير ذلك ، اما اذا كانت للفرس والبناء ، وقد حصل من المستمير — بالفعل قبل رجوع الممير ، فالمارية لازمة في المدة المعتادة للانتفاع بها فيما اعيرت له ، بلا خلاف بين المالكية في ذلك . (٢)

وسهل لزوم المعتاد هنا ، فيما اذا لم يدفع المغير للمستمير مقابل ما انفق (٣) في الارض المارة ، للفرس والبناء ، فان دفع له ذلك ، فله

(١) المراجع السابقة .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) روى عن الامام مالك رضي الله عنه : ان للممير ان يخرج المستمير من الارض التي اعارها له للفرس والبناء بعد ان حصل ولو يقرب حصولهما بشرط ان يدفع للمستمير ما انفق وكلفه على ذلك البنيان او الفرس . وروى عنه ايضا : ان للممير اخراج المستمير في هذه المسألة ، ان دفع له قيمة ما انفق . ومن هنا اختلف فقهاء المالكية هل ما وقع لمالك في هذين القولين ، خلاف او ليس بخلاف فمن قال خلاف اكفى بظاهر اللفظ ، ومن قال : وفاق ، قال يحتمل التوفيق بثلاثة اوجه الوجه الاول : ان محل اعطاء القيمة ، اذا اخرج المستمير المؤمن ، كالجير ونحوه من عنده ، واما لو اخرج ثمنا من عنده فاشترى به المؤمن ، فانه يدفع له ما انفق . والوجه الثاني : ان محل دفع القيمة اذا طال الزمان لان البناء يتغير بالانتفاع اذا طال زمنه وعلى هذا فانه ان لم يطل الزمان فانه يدفع ما انفق .

الرجوع في اى وقت شاء ، حتى ولو قبل مضى المدة المعتادة (١) .

و ولعلمهم انما جعلوا ، اعارة الارض للبنا ، او الفرس ، لازمة في المدة المعتادة
اذا لم يدفع المقيم للمستعير ما انفق دفعاً لما يترتب من جراء رجوع المقيم بمعد
البنا ، والفرس ، وقيل الانتفاع المعتاد بذلك ، من ضرر على المستعير . حيث قد
تكلف المستعير مشاق البنا ، والفرس وانفق في ذلك جهداً ومالا لا يستهان به ،
فاذا لم يمكن من الانتفاع المعتاد ، بما بذل من اجله ذلك الجهد والمال ، كان
بلا شك متضرراً ، فلدفع هذا الضرر عن المستعير ، اوجبوا له الانتفاع
بما احدثه في الارض ، المدة المعتادة للانتفاع بمثله . ويؤكد هذا ان المقيم -
عندهم لا يملك الرجوع عن اعارة الارض ، قبل مضى المدة المعتادة الا اذا دفع
للمستعير جميع ما انفق على الارض .

فاشترط دفع ما انفق المستعير على الارض لصحة رجوع المقيم ، دليل
على ان المارية ، انما لزمت في المدة المعتادة ، لدفع الضرر عن المستعير ،
اذ متى دفع للمستعير ما انفق على الارض ارتفع الضرر عنه بذلك ، فلا مانع
من الرجوع عن المارية قبل مضى المدة المعتادة ، اذ لا يترتب على الرجوع
قصر بالمستعير في هذه الحال .

الوجه الثالث ان محل دفع القيمة اذا اشترى المومن بغير كثير ، وعلى هذا
ان لم يكن اشترى ذلك بغير اصلا ، او بغير يسير فانه يدفع له ما انفق .
انظر في هذا شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج / ١٢٦ / ١٢٧ -
بشيء من التصرف .

(١) الدردير - الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج / ٣ / ٣٩٤ شرح الزرقاني
على مختصر سيدي خليل ج / ١٣٣ / ١٣٦ ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل
ج / ١٢٦ / ١٢٧ .

المستجير

ومؤيد هذا ايضا ، ان المستجير عند هم يملك الرجوع عن اعارة الارض في
اي وقت شاء قبل ان يبنى فيها المستجير او يغرس ، وذلك لان رجوع الممين قبل
ان يبذل المستجير في الارض جهده وماله ، لا يترتب عليه ضرر - بالمستجير ،
بخلاف ما اذا غرس او بنى .

فانما ثبت ان العارية انما لزممت هنا ، لرفع الضرر عن المستجير ، فالذى
يظهر لي ، ان لزوم عقد العارية في هذه الحال ، لا يعتبر خاصا باعارة الارض
للغرس ، والبناء فقط ، بل تعتبر العارية لازمة عندهم والله اعلم ، كلما ترتب
على الرجوع ضرر بين المستجير ، سواء اكان الممين العارية ، ارض للغرس ونحوه ،
او لم تكن كذلك . (١)

بيان الراجع في هذه المسألة :

والذى يبدو لي ان الراجع في هذه المسألة ، ما ذهب اليه جمهور
الفقهاء ، من الاصل في عقد العارية الجواز من الجانبين دون اللزوم سواء اكانت
العارية مطلقة او مؤقتة ، الا في بعض حالات سيأتي ذكرها ان شاء الله .
وذلك نظرا لما يأتي :

١ - قال عليه افضل الصلاة والتسليم : " العارية موداة ، والدين مقضى ،
والمنحة مردودة والزعيم غارم " (٢)

فقوله : " العارية موداة " بهذا الاطلاق ، يدل على ان للمستجير
والمستجير حق الرجوع عن عقد العارية في اي وقت شاء ، وذلك .

(١) الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٥ / ٢٧١ .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث ص من هذه الرسالة .

اذ لو كانت لازمة ، لاشير الى ذلك في هذا الحديث او في غيره ، ولم يتصور اهماله ، وليس في لفظ هذا ، الحديث ولا في غيره ، ما يدل على لزومها في فترة معينة ، وانما قال : المارية موداة او مقتضى ذلك ، ان الميـــــر لو طلب المارية في اى وقت شاء ، لوجب على المستمير تأديتها ، ولم يجزله تاخيرها سواء اكانت المارية مطلقة او موقتة ، وليس للجواز معنى غير هذا .

٢ - ان المستمير ، انما يملك ما استهلكه من المنافع ، دون ما لم يستهلكه ومنافع المارية ، المستقبلية ، التي لم يستهلكها المستمير بعد لم تحصل في يده ، فلا يملكها بالاعارة ، بل تعتبر باقية على ملك الميمير ، كما لو لم تحصل المين في يده .

واذا كانت المنافع المستقبلية على ملك الميمير ، فله ان يسترد المين المارة في اى وقت اراد ، ولا يكون في ذلك حرج ، هوئذ هذا ، ان تسليمك منافع المين ، عليك لما هو معدوم في وقت التملك ، فلا يتصل بتملكها القبض ، فيصح الرجوع عنها ، كما يصح الرجوع عن الهبة ، قبل القبض . (١)

٣ - ان المارية مبرة من الميمير ، وارتفاق من المستمير ، فاللزام غير لائق بها ثم ان في منع الميمير من استرداد المين المارة متى اراد ، ايجاد ، ما يشجع على امتناع اكثر الناس عن الاعارة ، وما امتناعهم عن ذلك ، يندثر لون من الســـــوان

(١) الزيلسى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٤ ، على حيدر - قرر الاحكام شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٢٩٨ مادة (٨٠٦) حاشية الكثرى على الانوار ج / ١ / ٥٢٤ ، مطبوعة مع الانوار وحاشية الحاج ابراهيم ، حاشية عميرة على منهاج الطالبين ج / ٣ / ٢١ / ٢٢ مطبوعة مع منهاج الطالبين وحاشية القليوبي ، ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٧٠ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٦٥ حاشية ابن عبد الوهاب على المقتع ج / ٢ / ٢٢٥ .

التكافل الاجتماعي الذي حرص الاسلام على دعوة الناس اليه وتشجيعهم
وحثهم عليه . (١)

وأما قول المالكية بان من ألزم نفسه مصروفاً ، ألزمه ، فقول ، قد لا يسلم
به على إطلاقه ، ولما تقرر عند جماهير الفقهاء ، من أن الموهوب له لا يملك الميعن
الموهوبة ، إلا بالقبض ، لا بمجرد الزام الواهب ، لنفسه بذلك .
ولا فرق في الهبة بين أن تكون هبة للميعن أو هبة للمنفعة كما في
المارية . (٢)

فإذا كان القبض شوطاً لملك الهبة بنوعها ، والموهوب في عقد المارية
منفعة لا عين ، والمنافع إنما تحدث شيئاً فشيئاً ، فما حدث منها ملكه المستمير
بقبضه ، وما لم يحدث فهو باق على ملك المير لمدم ، تحقق القبض الذي هو
هو شرط لصحة ملك المنفعة ، فإن رجوع المير عن إعارته ما لم يحدث يمد
من المنافع ، جائز لتخلف شرط صحة الملك فيه ، وهو القبض ، ومن هنا

(١) الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١ / ٢٢٥ .

الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٥ / ١٢٩ حاشية الجمل
على شرح المنهاج ج ٣ / ٤٦١ .

(٢) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٩ / ٧ / ١٩ / ٢٠ / ٢١ مطبوع ،

مع العناية وشرح فتح القدير النووي - منهاج الطالبين ج ٣ / ٢١ / ٢٢ / ١١٣ / ١١٢
وانظر حاشيتي القليوبي وعميرة على هذا الكتاب .

حاشية الكشرى على الانوار ج ١ / ٩٤ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع

ج ٤ / ٦٥ شرح منتهى الارادات ج ٢ / ٣٩٣ ، ابن قدامة - المغنى ج ٢ /

٤١ / ٤٢ / ٤٤ / ٦٥ .

فلا يكون عقد المارية لازماً بحال ، بخلاف هبة المين بعض القبض . (١)

(١) المراجع السابقة .

اختلف الفقهاء في القبض هل يعتبر شرطاً لثبوت الملك في الهبة أولاً ، ولهم في ذلك قولان :

القول الأول : ان القبض شرط ، لثبوت ملك الهبة ، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء " انظر المراجع السابقة) .

القول الثاني : ان الهبة نصح وتلزم قبل القبض وثبت الملك ، تشبيهاً لها بالبيع وإلى هذا ذهب المالكية وهو احدى الوجهين عند الحنابلة فيما لا يكال ولا يوزن ، انظر ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣٥٩ ، ابن قدامة - المغنى ج ٦ / ٤١ / ٤٤ .

والذي يظهر لي ، ان الراجح من القولين ، ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، لما يأتي :
١ - قال عليه افضل السلاة والتسليم : لا تجوز الهبة الا مقبوضة " والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ، انظر - المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٩ / ٢٠ / ٢١ .

٢ - اجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ان القبض شرط لثبوت ملك الهبة كما نقل ذلك ابن قدامة عنهم ، انظر المغنى ج ٦ / ٤١ .

٣ - روى عروة عن عائشة رضي الله عنها ، ان ابا بكر رضي الله عنه جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية ، فلما مرض قال : يا بنية ، ما اجد احب الي ، غني بحدى منك ، ولا احد اعز علي فقرا منك ، وكنت نحلكت جذاذ عشرين وسقاً مؤودد تانك حزتيه او قبضتيه وهو اليوم مال الوارث ، اخواك ، واخناك ، فاقسموا على كتاب الله عز وجل " .

وأما قولهم : بأن المير قد ملك المستمير المنفعة في مدة وصارت
 العين في يده بمقتد مباح فلم يملك الرجوع فيها ، إلا باختيار الملك ، كالمبد
 الموصى بخدمته ، والمستاجر والمصري . ابن
 فيمكن أن يجاب عن ذلك بما اجاب به / قدامة من الحنابلة بأن للموصى
 بخدمة المبد حق الرجوع ، عن ذلك ، وأما لم يملك الورثة الرجوع لان التبصر
 من غيرهم ، وأما المستاجر فانه مملوك بمقتد معاوضة ، فيلزم بخلاف هذه المسألة
 وأما المصري فتنتقل ملكية العين الى المصمر كما هو رأى جماهير الفقهاء (١) ،
 وبالتالي فيعتبر قبضها يقبض عينها ، أما عقد المارية فلا ينقل ملكية العين ، بل

== روى ابن عينية عن الزهري عن عروة ، عن عبد الرحمن بن عبيد
 القارى ، أن عمر بن الخطاب قال : ما بال أقوام ، ينحلون
 أولادهم ، فإذا مات أحدهم قال مالى وفي يدي ، وإذا -
 مات هو ، قال : كنت نحلته لولدى ؟ ، لا نحلة إلا نحلة
 يجوزوها الولد دون الوالد ، فإن مات ورثه " انظر
 ابن قدامة - المشنى ج / ٤١ / ٦ .

٤ - أن هبة العين أو المنفعة عقد تبرع " وفي إثبات الملك قبل
 القبض ، الزام المتبرع ، شيئاً لم يتبرع به ، وهو التسليم ، فلا يصح
 بخلاف الحصة لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت ، ولا الزام على المتبرع
 لعدم أهلية اللزوم ، وحق الوارث متأخر عن الحصة فلم يملكها " .
 انظر - المرفغاني - الهداية شرح بداية المبتدى ج / ٢١ / ٩ .

وهذا يقتضئ ان قياس الهبة على البيع في ثبوت الملك ، قبل القبض
 قياس لا ينهض مع ما اوردناه من ادلة ، توجب الفرق بينهما ، والله
 تعالى اعلم .

ملكية المنفعة ، فلا يعتبر قبض المين المارة ، قبضا لمنافعها المستقلة ،
وعلى هذا ، فالمنافع التي لم تحدث ، باقية على ملك المميز ، لتختلف شرط
ثبوت الملك ، وهو القبض ، كما اشرت الى ذلك قريبا .

ومن هنا فلا يعتبر القياس على الممرى ، دليلا كافيا ، على لزوم
عقد المارة ، سواء اقتتبا أجل او عمل ، او لم توقع . (١)
والله تعالى اعلم بالصواب .

(١) ابن قدامة - المغنسى ج / ٥ / ١٧٠ ج / ٦ / ٦٨ ، ابن عابدين -
حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٨ / ٤٣٠ ، الرملى - نهاية
المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ٤٠٧ .

المبحث الثاني : العارية اللازمة من جانب المميز والمستعير :

علما ان الاصل في العارية الجواز دون اللزوم ، فللمميز ان يرجع عن العارية في اى وقت شاء ، كما ان للمستعير ان يرد المين العارية متى اراد ذلك ، سواء اكانت العارية مطلقة او موقتة ، على الرأى الذى ظهر لى رجحانه (١) .
الا ان العارية قد يعرض لها ما يجعلها لازمة من الجانبين ، اى من جانب المميز وجانب المستعير كما يعرض لهما ، ما يجعلها لازمة من جانب دون جانب .

وفي هذا ، المبحث سابين ، بميثقة الله ، الحال التي تعتبر فيها العارية لازمة من جانب المميز والمستعير وهي تعتبر كذلك ، متى ما ترتب على الرجوع عن الاعارة ، او الرد ، ارتكاب فعل محرم شرعا ، كما اذا اعار شخص ارضا لآخر ، ليدفن فيها ميتا محترما ، فدفنه فيها بالفعل ، حيث تلزم العارية في الموضع ، الذى دفن فيه الميت حتى يندرس الجثمان ، وينتهى اثره ، فلا يحق للمميز الرجوع ، ولا للمستعير الرد ، قبل ذلك ، لعدم جواز التصرف فى الموضع الذى دفن فيه الميت محافظة على حرمة النهى عن انتهاكها شرعا .

اما اذا ، انتهى اثر الجثمان ، وتحلل في التراب ، ولم يبق له اثر يذكر ، فلا يعتبر التصرف في ذلك الموضع ، الذى دفن فيه ، هتكا لحرمة الميت ، اذ لا وجود للجثمان حينئذ ، حتى يعتبر التصرف في ذلك الموضع ، اساءة لحرمة ، والتالى ، فلا مانع من الرجوع عن الاعارة .

(١) انظر ص من هذه الرسالة .

والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية . (١)
 اما الاحناف والمالكية فلم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم ، افتراض
 مثل هذه المسألة . الا انني لاحظت ، ان الاحناف متفقون مع الشافعية والحنابلة ،
 على عدم جواز التصرف في الموضع الذى دفن فيه الميت ، بما يورث عليه حتى يتلاشى
 اثر المدفون فيه ، ويتحلل في التراب ، اما قبل ذلك ، فلا ، الا للضرورة .
 والغذى يفهم من كلام الاحناف في كتاب الجنائز ان كون الارض مملوكة
 للغير ، لا يعتبر ضرورة تجب نقل الميت منها ، قبل اعدائه ، الا اذا كانت
 الارض مخصصة ، وطالب المالك باخراجه منها . اما اذا اذن المالك بدفنه ، وقد
 دفن فيها بالفعل ، فلا يجاب الى طلبه بعد ذلك ، باخراجه منها كما يحرم
 عليه ان يتصرف فيها بما يورث على جثمان الميت ، قبل تلاشي حفاظا على
 حرمة من ان يساء اليها (٢) وقال ابن نجيم من الاحناف : " قطفه ، ولا
 يخرج من القبر الا ان تكون الارض مخصصة ، اى بعد ما اهيل التراب عليه لا
 يجوز اخراجه لغير ضرورة ، للنهي الوارد عن نبشه ، وصحوا
 بحرمة " (٣) .

-
- (١) الشربيني - الاقتاع في حل الفاظ ابي شجاع ج / ١٣٤ / ٣ مطبوع
 بهامش حاشية البيهقي عليه ،
 النووى - منهاج الطالبين ومعه حاشية القليوبي وعميرة ج / ٢٢ / ٣ ،
 الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ٢٢٤ / ١١ / ٢٢٥ مطبوع مع
 تكملة المجموع ،
 البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقتاع ج / ٦٥ / ٤ ، ابن قدامة المشنى ج / ١٧١ / ٥
 المقنع ج / ٢٢٦ / ٢ ،
 المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ١٢٨ / ٥

قلت : والذي يفهم من قوله ، ولا يخرج من القبر الا اذا كانت الارض مخصصة ، ان الارض اذا لم تكن مخصصة ، بان كانت مباحة ، او مملوكة وقد اذن في ذلك المالك ، فلا يجوز اخراجه او التصرف في الموضع الذي دفن فيه ، بما يسيء اليه ، حتى ينتهي اثره .

مناء على هذا ، فالذي يظهر لي ، والله اعلم ، ان الاحناف في هذه المسألة لا يمانعون في لزوم المارسة من الجهتين ، اى من جهة المير والمستمير ، وذلك الى ان يندثر اثر الميت في تراب الارض ، كما هو رأى الشافعية ، والحنابلة ، والشيعة الزيدية .

اما المالكية ، فهم ، وان اشفقوا مع بقية الفقهاء في عدم جواز التصرف في الموضع الذي دفن فيه الميت بما يؤثر عليه حتى يندثر اثره في التراب ، الا ان الذي يفهم من كلامهم في كتاب الجنائز ، انهم لا يرون لمالك الارض ، بعد ان اذن بدفن الميت في ارضه ان يتصرف فيها كيفما شاء ، بعد اندثار اثر المدفون فيها ، وانما هو مقيد باحد امرين ، اما ان يدفن فيها ميتا اخر ، او ان يتخذها توسعة لمسجد اما ما عدا ذلك فلا . (١)

والذي يظهر لي من قولهم هذا ، ان اذن المالك ، بدفن الميت في ارضه ، يعتبر من قبيل الوقف المؤبد وان كان الاذن بصيغة الاعارة ، اذ

== (٢) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٢١٠ شرح الهروي على كنز الدقائق ج ١ / ٩٦ ، الحصري - الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين ج ١ / ٦٠٢ .

(٣) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٢١٠ .

(١) الدردير - الشرح الصغير ومعه بلفه السالك ج ١ / ٢٠٥ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ١١٣ .

المبرة للمعنى ، لا للفظ ، وذلك لانهم جعلوا ، الارض بدفن الميتات فيها ، بعد الاذن بذلك ، من المالك ، حبسا عليه ، الى ان يندثر ، ثم اذا اندثر لا تعود الى المالك ، ليصرف فيها شاء ، وانما لتجنبس على ميت آخر او ان تتخذ توسعة للمسجد وليس للوقوف . معنى غير هذا •

ومن هنا ، فلا يصلح هذا ، المثال ، للزوم المارسة من جهة المصير والمستعير عند الملكية ، وربما انهم لا يرون لزومها من الجهتين ولهذا اغفلوا الاشارة الى ذلك •

والذي يدولي ، ان تصرف المالك في ارضه بما يشاء ، بعد انتهاء اثر المدفون فيها ، هو الصواب ، كما ذهب الى ذلك جماهير الفقهاء •

لان المنع من استخدام الارض ، حال وجود الجثة فيها ، انما كان للمحافظة على حرمة الميت من ان يساء اليها ، اما وقد تحلل في التراب ، واندثر ، فلا يعتبر التصرف في موضعه هتكا ^{حرمة} له ، اذ لا وجود له حينئذ ، حتى يعتبر ذلك اهانة له ، فبقاء الموضع الذي دفن فيه الميت ، وفقا على احاد الامرين السابقين بعد انتهاء اثر المدفون ، امر لم يظهر لي مفزاه ، والله اعلم بالصواب •

المبحث الثالث : المارية اللازمة من جانب المصير دون المستعير والمكرم :

المطلب الاول : المارية اللازمة من جانب المصير دون المستعير :

كما تكون المارية جائزة من جانب المصير والمستعير ، او لازمة من الجانبين ، فذلك قد تكون لازمة من جانب المصير دون المستعير ، وهي تكون كذلك ، متى ما ترتب على استرداد العين المماراة ضرر بالمستعير حيث تبقي في يد المستعير ، الى ان يؤمن من وقوع الضرر عليه .

ولما كان لزوم المارية هنا ، مراعاة لحق من حقوق المستعير ، فهي غير لازمة من جهته ، اذ لكل صاحب حق ان يتنازل عن حقه لمن شاء في الجملة . ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في ذلك . (١)

ومن الصور التي يضر فيها استرداد العين المماراة ، بالمستعير ، ما اذا اعار شخص ارضا للزراعة ، فزرعها المستعير فلا يجوز للمصير حينئذ ، ان يرجع عن المارية ، ويسترد العين المماراة ، قبل ان يبلغ الزرع حصاده في المادة حتى وان أقت لذلك مدة ، فانتهدت قبل بلوغ الزرع الحصاد ، ولم يكن المستعير هو المتسبب في التأخير ، وذلك دفعا للضرر عن المستعير ، اذ لو مكن المصير من استرداد ارضه ، بعد ان بذل فيها المستعير جهده وماله ، وقبل ان يجنس

(١) السرخسي - البسوط ج / ١٤٢ / ١١ ، الزيلعي - تبين الحقائق وشرح كنز الدقائق ج / ٨٨ / ٥ ، الميداني - اللباب في شرح الكتاب ج / ٢٠٤ / ٢ ، السيد البكري - فتح العين مع اعادة الطالبين ج / ٤٣٤ / ٣ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ج / ٤٦٣ / ٤٦١ / ٣ ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٣٣٤ / ٢ ، ابن رشد - بداية المجتهد ونهلية المقتصد ج / ٣١٣ / ٢ ، ابن جزي - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ ، الدردير - المشرح الصغير ج / ٢٠٨ / ٢ ، ابن قدامة - المشنى ج / ١٧٠ / ٥ ، البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٦٦ / ٦٥ / ٤ .

ثمرة هذا الجهد وفوائده ، كان المستمير بلا شك متضررا ، فلدفع هذا الضرر
الواضح عن المستمير ، منع المميز من استرداد المين المعارة ، اذ لا ضرر
ولا ضرار كما هو القاطنة عند الفقهاء ، والمميز وان كان متضررا ، من حيث
تاخير حقه ، بمد ان طلبه ، الا انه لما كان استرداد المين هنا يترتب
عليه ابطال ملك المستمير ، كان الضرر الواقع عليه اجسام من الضرر
الواقع على المميز ، واذا لم يكن بد من الاضرار باحدهما ، ترجح اهـون
الضررين . (١)

ومن هنا يتضح ان العارية في هذه الحال ، لازمة من جهة المميز فقط ،
فليس له ان يسترد المين المعارة قبل ان يبلغ الزرع حصاده ، مراعاة لحق المستمير
ودفع الضرر عنه .

اما من جهة المستمير ، فهي غير لازمة ، فله ان يرد المين المعارة التي
هي الارض في هذه الصورة الى صاحبها ، قبل بلوغ وقت الحصاد ، اذ لكل صاحب
حق ان يتنازل عن حقه لغيره .

وهذا يتبين ان العارية انما لزم من جهة المميز ، لدفع الضرر
عن المستمير ، ومنه عليه ان الضرر كلما انتفى ، انتفى بالتالي اللزوم ، وكان للمميز
حق الرجوع في اي وقت شاء ، فلورجع المميز قبل زراعة الارض مثلا ، ولجأ
ذلك ، ولو جوب على المستمير ردها اليه ، لعدم تحقق الضرر .

المطلب الثاني : المارية اللازمة من جانب المستعير دون المصير :

سيق ان بينا ان المارية ، اما ان تكون جائزة من الطرفين وهذا هو
الاصل فيها ، واما ان تكون لازمة من الطرفين ، واما ان تكون لازمة من جهة -
المصير دون المستعير .

وهنا سحاول بيان ان المارية ، قد تكون لازمة من جهة المستعير دون
المصير ، والمارية تلزم من هذه الجهة ، عندما يترتب على رد المارية ، ترك واجب
شرعي ، يجب على المستعير الوفاء به دون المصير . وذلك كأن يستعير رجلا
دارا ، لسكنى زوجته المطلقة طلاقا رجعيا ايام المدة ، حيث يجب عليه
عدم رد الدار ، والدار المارة ، لذلك ، قبل انتهاء امد المدة ، ما لم يرجع
المصير عن الاعارة ، وذلك للزام الشرع له ، باسكان معتدته ، وعدم نقلها
من الدار التي بدأت المدة فيها ، الا للضرورة التي توجب النقل ، كرجوع
المصير ، او الخوف من سقوط الدار ونحو ذلك .

فان رد المستعير الدار المستمارة لهذا الغرض ، دون ان يضطره الى الرد
امرا ، فقد تخلى بذلك عما ألزم به شرعا ، من اسكان معتدته وهدم اخراجها
من الدار التي بدأت المدة فيها ، وذلك امر لا يجوز شرعا ، كما لا يجوز ان يخرج
معتدته من دار نفسه قبل انقضاء عدتها .

ومن هنا كانت عارية الدار في هذه الحال ، لازمة من جهة المستعير دون
المصير ، لانه المألزم باسكان معتدته ، وهدم اخراجها من الدار قبل مضي مدة المدة ،
دون المصير ، والى هذا التفصيل ذهب فقهاء الشافعية . (١)

(١) السيد البكرى - فتح المعين ومعه اعانة الطالبين ج ٣ / ١٣٤ ، الرملى - نهاية
المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٣٤ / ١٣٥ ، الهيئى - تحفة المحتاج بشرح
المنهاج ومعه حاشيتي الشرواني والبهادى ج ٥ / ٤٢٩ .

أما جمهور الفقهاء ، من الاحناف ، والمالكية والحنابلة ، فلم اجد فسي
على جميع ما اطلعت عليه من كتبهم ، كالماثل مثل هذه المسألة .

ولكن يبدو والله اعلم ، انهم لا يخالفون الشافعية في ذلك ، وتبين هذا ،
عندما نعلم انهم يتفقون مع الشافعية في ان الرجل ملزم شرعا ، باسكان زوجته
المطلقة طائفا رجما ، ايام العدة ، كما لا يجوز له ، ان ينقلها من السدار
التي بدأت فيها العدة الا للضرورة . (١)

فان كان جمهور الفقهاء ، متفقين مع الشافعية في ذلك ، فالذي ينظم
لي والله اعلم ، انهم يتفقون معهم ايضا في لزوم المارية من جهة المستمير
في هذه المسألة .

لان الزوج اذا كان مكلفا شرعا ، باسكان زوجته وعدم اخراجها
من مسكنها ايام العدة ، فانه متى ما استمار الدار لسكانها ايام عدتها ،
وسكنت فيها بالفضل ، فالذي يبدو ، ان ليس للمستمير عندهم ، ان يسرد
الدار لصاحبها ، قبل مضي مدة العدة ، لانه ممنوع شرعا من اخراجها ، قبل
مضيها ، والرد امر يترتب عليه ، الاخراج فكما لا يجوز له ان يخرجها من دار نفسه
قبل انتهاء امد العدة ، فكذلك لا يجوز له ان يخرجها من الدار المارة او
يتسبب في ذلك ، قبل مضي عدتها ، والله تعالى اعلم

-
- (١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج ٣٦/٣ ، الكاساني - بدايع
الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٢٠٣٨/٤ .
ابن جزى - قوانين الاحكام الشريعة / ٢٦٤ .
البهوتي - كشف القضاء عن متن الاقناع ج ٤٣٤/٥ .

المبحث الرابع : خلاف الفقهاء في وجوب الاجرة على المستمير حال لزوم عقد المارية :

سبق ان الرأي ، الراجع ، جواز عقد المارية دون لزومه ، سواء كانت المارية مطلقة او مؤقتة ، الا انه قد يعرض لهذا ، المقدر ، ما يجعله لازما من الجانبين او من احدهما دون الآخر .

فاذا عرض لعقد المارية ما يجعله لازما ، فهل تبقى المين المماراة في يد المستمير بدون عوض ، مؤقت رجوع متى ما رجع الممير عن المارية ، قبل نهاية فترة اللزوم ، ام يحتسب للممير اجرة مثلها من حين رجوعه جمعا بين الحقين .

الواقع ان الفقهاء اختلفوا في هذا الامر ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : اذا عرض للمارية ما يجعلها لازمة الى مدة معينة ، وقد رجع الممير من الاعارة قبل نهاية تلك المدة ، فان المين المماراة تبقى في يد المستمير باجرة مثلها ، من حين رجوع الممير ، الى نهاية الوقت الذي لزمته اليه ، والى هذا ذهب الاحناف واليه ذهب الحنابلة في احد الوجهين عندهم . (١)

-
- (١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٨ ،
 داجاد افندي - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ج ٢ / ٣٤٧ ،
 ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ / ٢٨٠ / ٢٨١ / ٢٨٣ ،
 ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٢٢ ،
 المرادوى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٦ / ١٠٩ ،
 ابن قدامة - المقنع ج ٢ / ٢٢٧ وضعه حاشية ابن عبد الوهاب .

القول الثاني : ان المين المارة يتبقى في يد المستمير ، بدون عوض ما ، وإلى هذا ذهب الحنابلة في احد الوجهين عنهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية ، وذلك نظرا الى ان حكم المارية ، يباق بعد الرجوع من الممير ، لكونها صارت لازمة ، للضرر اللاحق بفسخها ، والاعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض ، ولان المرف غير قاض بالاجرة . (١)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل ، بان الاصل في المارية الجواز ، كما هو رأى جمهور الفقهاء ، ففي انتقالها من الجواز الى اللزوم ، وان قصرت مدة اللزوم ، وفي بقائها على الجواز ، ضرر بالمستمير ، فبراعة للحقيقتين حق الممير وحق المستمير ، فبقي المين المارة ، في يد المستمير باجرة مثلها ، الى حين زوال الضرر عنه . وهذا ينتفي الضرر عن كل واحد منهما .

القول الثالث : المارة ان المين المين يتبقى في يد المستمير ، باجرة مثلها ، الا في اعارة الارض ليدفن ميت او اعارة الثوب للتكفين ، لعدم جريان المرف بالاجرة في ذلك ، والا في اعارة الثوب لصلاة الفرض او السيف للقتال ، حيث يمنع الرجوع بعد الاحرام بالصلاة والتقاء الجمين ، ولا اجرة لقلّة زمن ذلك عادة ، وإلى هذا ذهب الطفمية . (٢)

(١) المراجع السابقة للحنابلة ، الدردير - الشرح الصغير ج / ٢ / ٢٠٨ مطبوع بهامش بلفظ السالك ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٤ ، ابن جزى - قوانين الاحكام الشرعية / ٤٠٤ .

(٢) حاشية الشرا ملسى على نهاية المحتاج ج / ٥ / ١٣٣ .

ومن هنا قالذي يظهر لي رجحانه ، هو القول الاول ، القائل ،
بان المميز اذا رجع عن المارة اللازمة قبل نهاية وقت اللزوم ، تبقى المين
المارة في يد المستمير باجرة مثلها من حين الرجوع الى نهاية الوقت الذي
لزمته اليه ، وذلك نظرا ، الى ان الاصل في المارة الجواز دون اللزوم ،
فلمميز ان يرجع عن الاعارة متى احب ذلك ، وانما منع المميز من استرداد
المين المارة بمجرد رجوعه قبل نهاية الوقت الذي لزمته اليه ، لمافيه
ذلك من اضاغة للحق الذي لزمته المارة من اجله .

ولما كان في منع المميز من استرداد المين المارة بمجرد رجوعه ،
منع له من مزاوله حق من حقوقه وردها للمميز ، اضاغة للحق الذي لزمته من
اجله ، وجبت الاجرة حينئذ جمعا بين الحقين ، حق المميز فـ
استرداد المين المارة ، وحق المستمير في دفع الضرر عنه ، اذ لا ضرر
ولا ضرار . والله تعالى اعلم بالصواب .

وهذا البحث نأتي الي ختام ، الباب الرابع ، وقد كان في تقسيم
المارة من حيث الصئدة ، فأرجو ان اكون ممن وفق في بحثه
ودراسته ، والله المستعان .

الباب الخامس : الضمان في عقد المارسة

الفصل الاول : في تعريف الضمان ودليل مشروعته وأركانه :

- المبحث الاول : في تعريف الضمان لشفة واصطلاحا .
- المبحث الثاني : في مشروعية الضمان وأركانه .

الفصل الثاني : في ضمان رد العين الممسارة :

- المبحث الاول : مشروعية ضمان الرد ه ووجهه
- المبحث الثاني : الرد المبرأ من الضمان .
- المبحث الثالث : اجرة رد العين الممسارة

الفصل الثالث : في ضمان العين الممارمعد تلفها :

- المبحث الاول : الاصل في المارمة من حيث الضمان وهدمه .
- المبحث الثاني : ما يوجب الضمان او ما يوجب سقوطه
- المبحث الثالث : اشتراط الضمان في عقد المارمة او نفيه .
- المبحث الرابع : الواجب في ضمان المارسة

الفصل الرابع : في ضمان الزوائد والمثقة :

- المبحث الاول : في ضمان زوائد العين الممارمة .
- المبحث الثاني : في ضمان مثقة العين الممارمة .

الفصل الاول : في تعريف الضمان ودلائل مشروعيته واركانه

المبحث الاول : في تعريف الضمان لغة واصطلاحا

للضمان في اللغة المبرمقةدة معان من أبرزها : ان يطلق ويراد به الضمانة او يطلق ويراد به الكفالة والالتزام (١) .

ولقد استعمل الفقهاء هذين المعنيين في كتبهم كما هي في اللغة المبرمقةدة :

(١) الرازي - مختار الصحاح : ج / / مادة ضمن (الفيروزباني -
اقامور المحيط ج / ٢٤٣ / ٤ مادة " ضمن " ابن منظور - لسان العرب
ج مادة " ضمن " .

جاء الضمان بمعنى الكفالة في قوله عليه الصلاة والسلام " من يضمن لي ما بين احييه
وما بين رجليه ضمن له الجنة " . رواه البخاري والترمذي . انظر التمهيد
الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير ج / ٢٤٧ / ٣ - الجراحي - كشف
الخفا وزيل الالهام ج / ٣٥٧ / ٢ - ابن الدبع - تمييز الطبيب من الخبيث
١٦٤ وابعد ها : سليمان محمد - ضمان المتعلقات ج / ٣ / ١ .

وجاء الضمان بمعنى الضمانة في قوله عليه الصلاة والسلام " الخراج بالضمان " .
رواه احمد واصحابه المتن الايعة والمراد بالخراج بالضمان
غلة العهد يشترطه الرجل فيستعمله زمانا ثم يشر فيه على عيب دلسه البائع
فيود . واخذ جميع الثمن وفوز بخلته كلها لانه كان في ضمانه ولو هلك هلك
من ماله . انظر سليمان محمد - ضمان المتعلقات ج / ٣ / ١ - التمهيد - الفتح
الكبير ج / ١٠٥ / ٢ - الجراحي - كشف الخفا وزيل الالهام ج / ٤٥١ / ١ .
سنن ابن ماجه ج / ٢٥٤ / ٢ حديث رقم ٢٢٤٣ . ابن نجيم - الاشباه
والنظائر / ١٥١ .

والضمان بهذا المعنى عند الفقهاء عدة تعريفات نذكر منها ما يلي :

أ - قال الحموي من الاحناف : الضمان عبارة عن رد مثل المالك ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا . (١)

ب - وعرّفه فقهاء مجلة الاحكام العدلية بمثل ما عرّفه الحموي فقالوا : الضمان هو اعتداء مثل الشيء ان كان في الشئيات وقيمته ان كان من اقيمينات . (٢)

ج - وعرّفه الشركاني في نيل الاوطار بما هو قريب من ذلك فقال : الضمان عبارة عن غرامة التالف . (٣)

ويستاز تعريف الحموي والمجلة للضمان عن تعريف الشوكاني له بانهما حاسدا ما يكون به ضمان الاشياء من حيث المثل ان كان مثليا والقيمة ان كان قيميا .

ولم اجد لجمهور الفقهاء مفسر المالكية والشائعية والحنابلة تعريفا للضمان بهذا المعنى ، فيضاهي كلامهم على ذلك . الا ان ظاهر ما قالوه في ضمان المثليات والعين المفصولة ، يدل على انهم لا يبالون في تعريفه بمثل ما عرّفه الحموي وفقهاء المجلة (٤)

- (١) الحموي - غزيرين البصائر شرح الاشياء والنظائر ج / ٢ / ٢١٠
- (٢) على شيدر - درر الحكم شن مجلة الاحكام ج / ١ / ٣٢٨ مادة رقم (٤١٦)
- (٣) الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الايثار ج / ٥ / ٣٢٦ / ٣٦٠
- (٤) القرائي - الفرق ج / ٢ / ٢٠٦ - الفرق ١١١ - البهوتي - كشاف القناع عن متن القناع ج / ٤ / ١٠٦ وما بعدها من صفحات ه السيوطي - الاشياء والنظائر / ٣٥٢ وما بعدها من صفحات .

على انهم لا يخالفون في تعريفه ، بمثل ما عرفت الحموى ، وفقها المجلة (١) ،
وما تحسن الاشارة اليه ، أن القتها ، يستخدمون للتعبير عن الضمان بمسمى
الضمانة ثلاثة الفاظ :
الاول : الضمان والتضمين ، والثاني : الضمانة أو التضمين ، ومشتقاتهما
والثالث : التضمين . الا ان لفظة الضمان اكثرها استعمالا عندهم بينما التضمين
اقلها استعمالا . (٢)

(١) القراني - الفروق ج/ ٢/ ٢٠٦ ، الفرق ١١١ ، البهوتي - كشف القناع عن
متن الاقتاع ج/ ٤/ ١٠٦ وما بعدها من صفحات ، السيوطي - الاشياء
والنظائر ٣٥٦ وما بعدها من صفحات .

(٢) محمد سليمان - ضمان المتلفات في الققه الاسلامي ج/ ١/ ٦٠ ابن حزم -
الحلى ج/ ١١/ ٤ مسألة رقم ٢١٠٥ ابن القيم - اعلام الموقعين عن
رب العالمين ج/ ٢/ ١٥٨ .

المبحث الثاني : في مشروعية الضمان وأركانه

مشروعية الضمان :

اشتمت الشريعة الاسلامية بحفظ المال ، كثرة لها اهميتها في حياة الانسان من حيث انها وسيلة لتحقيق حاجياته ومتطلبات حياته سواء اكانت ضرورية او كمالية ولعل من ابرز مظاهر هذا الاهتمام ما اوجبه من الانسان على من اتلف مال غيره بسد ون اذ نه .

ونبها على بعض النصوص التي تدل على مشروعية ذلك من الكتاب والسنة :

قال اللغضالي : " فمن اعتدى عليك فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١)

وقال عز وجل : " وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم " (٢)

وقال جل و لا : " وجزاء سيقتسيئة مثله " (٣)

ولاشك ان المال شقيق النفس وحب الحياة كما يقال . فهو من الاهمية التي نظر الشارع الحكيم بحيث ان من قتل في سبيل الدفاع عن ماله فاعتقوه عليه شرعا ومن هنا نستطيع ان نقول : ان الاعتداء على المال بدون اذن صاحبه ورضاه اعتداء على صاحب المال (في ماله) وقد دلت الايات الكريمة بعمومها على وجوب اخذ حق المعتدى عليه من المعتد ومنفس الاسلوب الذي اعتدى به . فاذا اعتدى على الانسان في ماله وجب اخذ مثل ما اعتدى به فيه من المعتدى وفي اسلوب المشاكلة في الايات الكريمة اشارة الى ذلك .

واذا كان في دلالة الايات السابقة على مشروعية الضمان شيء من الاجمال ، فان ما اجملته هذه الايات قد اوضحته السنة وفصلته .

(١) سورة البقرة اية رقم ١٩٤ .

(٢) سورة النمل اية رقم ١٢٦ .

(٣) سورة الشورى اية رقم ٤٠ .

ولم يزل من اول الاحاديث على ذلك لما رواه انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نساءه ، فارسلت احدى امهات المؤمنين مع خدام بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الطعام وقال : كلوا . وحين الرسول القصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وجلس المكسورة " (١)

وعن عائشة رضي الله عنها قالت : " ما رأيت صائفة طعاما مثل صيغة ، صنعت رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما بحثت به فاخذني اكل (٢) فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارتها صنعت ؟ قال : اناء مثل اناء وطعام مثل طعام " (٣)

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري وابوداود والترمذي والنسائي وابن ماجه . انظر في هذا صحيح الامام البخاري رحمه الله ج / ١١٩ / ٣ ، الشوكاني - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٢٠ / ٦ ، المنذرى مختصر سنن ابى داود ج / ٢٠٠ / ٥ / ٢٠١ حديث رقم ٣٤٢٣ سنن ابن ماجه ج / ٢ / ٢٨٣ ، حديث رقم ٢٣٣٤ .

(٢) الاكل : الرعدة . يقال : اخذه اكل - ارتعد من برد او خوف . انظر الزايات وآخرون - المعجم الوسيط ج / ٢ / ٢٠٦ مادة (اكل) .

(٣) هذا الحديث أخرجه ابوداود والنسائي واحمد وقال الشوكاني هذا الحديث في اسناده اقلت ابن خليفه ابو حسان . ويقال / ظلت المامرى . قال الامام احمد : ما ارى به باسا . قال ابو حاتم الرازي : شيخ . وقال الخطابي في اسناد الحديث يقال . وقال في الفتح : اسناده حسن .

انظر : المنذرى - مختصر سنن ابى داود ج / ٥ / ٢٠١ / ٢٠٢ حديث رقم ٣٤٢٤ . الخطابي - معالم السنن ج / ٥ / ٢٠١ / ٢٠٢ مطبوع -

مختصر سنن ابى داود - الشوكاني - نيل الاوطار ج / ٦ / ٢٠

وهن النعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من وقف دابة غسى سبيل ^{سبل} المسلمين او في سوق من اسواقهم فاولئك عبيد او رجل فهو ضامن * (١)

وهن صفوان ابن امية * ان النبي صلى الله عليه وسلم استمار من درعا فقال : اغضبا يا محمد * قال : بل عارية مضمونة * قال فغضبا بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم ان يضمنها له * فقال : انا اليم في الاسلام ارض * (٢)

والاحاديث في هذا الباب كثيرة وهي من التوضيح بحيث لا يحتاج الى تعليق يبينه وجه دلالتها على مشروعية الضمان *

هذا ولقد جاء في كتاب ضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد احمد * ان قاعدة من اتلف مال غيره بلاذن منه فهو ضامن قاعدة اتفق عليها سائر الفقهاء ولا خلاف فيها بل يمكن ان يقال : انها مسلمة بين جميع عرق المسلمين وربما يقال : انها من ضروريات الدين * (٣)

أركان الضمان :

واما اركان الضمان فتلاثة كما ذكرها بعض الفقهاء وهي كما يلي :

الركن الاول : موجب الضمان ويقصدون بذلك اسبابه *

(١) هذا الحديث أخرجه الدارقطني قال في الجامع الكبير : رواه الميهقي وضعفه * قال الشوكاني : وهذا الحديث وان كان فيه فقال ولكنه يشهد له ما في الحديث المتعلق عليه من قوله صلى الله عليه وسلم " العجما جرحها جبار " فان عموم يقتضي عدم الفرق بين جنايتها برجلها او غيرها والكلام في ذلك مسطور في الكتب القهية * انظر الشوكاني - نيل الأوطار ج ٦ / ٢٢ / ٢٣ *

(٢) سبق شرح هذا الحديث * انظر من هذه الرسالة *

(٣) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١ / ١١ - الموسوي - القواعد

القهيية ج ٢ / ١٧ *

الركن الثاني : ما يجب فيه الضمان ويقصدون به محل الضمان ومحله في عقد المارسة
الصين المصاراة •

الركن الثالث : الواجب في الضمان ويعنون بذلك ما به يكون تلف التالف من مثل
او قيمة او نحو ذلك • (١)

وسياتى ان شاء الله تعالى بيان هذه الاركان في الفصول والمباحث القادمة
مقتصرين في الكلام عليها بما له علاقة بالضمان في عقد المارسة فقط تحاشيا للاطالة
والخروج عن صلب الموضوع الذى تقوم بدراسته • والله الموفق لخير الاعمال
والحمد لله رب العالمين •

(١) ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٣١٦/٢ محمد على - تهذيب
الفرق ج ٢/٢٠٣ / الفرق ١١١ مابيع مع كتاب الفرق للقرايى - الرامى
- فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١/٢٣٩/٢٥٦/٢٣٦ - العالمى مفتاح
الكرامة ج ٦/٢٠٦/٢٠٧/٢٥٠ •

الفصل الثاني : ضمان رد الممين المعارة

لا أعلم خلافا بين الفقهاء في وجوب رد العين المعارة الى مميها اذا وجد
مسبب الرد ، فردها الى المميرو مضمون ان كانت قائمة • اما اذا تلفت قبل
الرد فيجب حينئذ ضمانها بزد قيمتها او ثلها على خلاف بين الفقهاء في الواجب
في الضمان اهو القيمة بكل حال سواء اكانت المارة قيمة او مثلية ام ان الواجب
في القيمة القيمة وفي المثلية الثل • وعلى خلاف بينهم ايضا في موجب الضمان
عند هلاك المارة اهو التلف بسبب التعدى او التقصير ام هو التلف فقط • وان لم
يكن هناك تعدى او تقصير وسيأتى بيان ذلك ان شاء الله تعالى •

وهذا يتضح ان لضمان العارة حالين :

الحال الاول : ضمان رد الممين المعارة •

الحال الثانية : ضمان مثل الممين المعارة او قيمتها بعد تلفها •

وفي هذا الفصل سأحاول بيان ما يتعلق بضمان رد الممين المعارة اما ضمان
الميمين نفسها بعد تلفها فسامررد له فصلا خاصا سيأتى بعد الانتهاء من هذا
الفصل الذى نحن بصدده • ونها يلى ثلاثتها بحث تتعلق بالفصل الذى ساقص
بدراسته هنا وهى :

المبحث الاول : في مشروعية ضمان الرد ، وموجبه

المبحث الثانى : في الرد المبرأ من الضمان

المبحث الثالث : اجرة رد الممين المعارة •

المبحث الاول

مشروعية ضمان رد المين المعارة وموجب ذلك

- مشروعية ضمان رد المين المعارة :

لا اعلم خلافا بين الفقهاء في ان المعارة مضمونة لرد الى مالكها او مالك منفعتها قبل تلفها ايهما اعارها لقول عليه افضل الصلاة والسلام " على اليد ما اخذت حتى تؤديه " (١) حيث دل هذا الحديث الشريف على ان من اخذ شيئا من مال غيره وجب عليه رد عينه ، ان كان موجودا والمعارية من هذا القبيل ، فهي مال

(١) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن بن سبرة قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " على اليد ما اخذت حتى تؤدى " ثم نص الحسن فقال : هو امينك لا ضمان عليه اهـ . قال الترمذى : حديث حسن . أخرجه ابوداود والترمذى في البيهقي والنسائي في المعارية وابن ماجه في الاحكام وليس في حديثه قصص الحسن ورواه احمد في مسنده والطبراني في معجمه والحاكم في المستدرک في البيهقي وقال حديث صحيح على شرط البخاري ومحقه الشيخ تقي الدين في الامام فقال : وليس كما قال بل هو على شرط الترمذى . وقال المنذرى : وقول الترمذى فيه حديث حسن يدل على انه ثبت سمع الحسن بن سبرة ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه في البيهقي وقال ابن طاهر في كلامه على احاديث المشاهير اسناد حسن متصل وانما لم يخرجها في الصحيح لما ذكر من ان الحسن لم يسمع من سبرة الا حديث الحقيقة .

انظر الزيلعي - نصب الراية لاحاديث البداية ج / ١٦٢/٤ ، الشوكاني نيل الاوارار من احاديث سيد الاخيار ج / ٤٠/٦ ، وأنظر في وجوب رد المعارية الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٣٩٠٢/٨ - الدرر يسر الشن الكبير ٣٩١ - البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٢٤/٧٣/٤ ، الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج / ٢١٧/١١ - التسولي - البهجة في شرح التحفة ج / ٢٧٥/٢ - ابن رجب - القواعد ٥٤/ قاعدة (٤٢) .

أخذ من مالك ، أو مالك منفعته بأذنه لينتفع به الأخذ فيجب رد عند انتهاء
أعمال المارية .

ويؤيد هذا قوله عليه الصلاة والسلام في غيابة حجة الوداع : " المارية
مؤداة والدين يقضى والمنحة مردودة والرحيم غارم " (١) . تقوله المارية مؤداة ،
نص في أن المارية يجب رد عينها ما لم يتعذر ذلك .

— موجب رد العين المارية :

ويجب رد العين المارية عند الفقهاء في أربع أحوال :

— الحال الأولى : رجوع الميعر عن عقد المارية :

إذا رجع الميعر عن المارية فللقهاء في وجوب رد العين المارية قولان :

القول الأول : يجب على المستعير رد العين المارية في هذه الحال سواء أكانت المارية
مطلقة أو مؤقتة ، إلا إذا ترتب على الرد ضرر بالمستعير أو ارتكاب لفعل محرم
شرعا حيث تبقى في يد المستعير باجرة مثلها عند بعض أصحاب هذا القول وسدون
اجرة عند البعض الآخر .

ولقد فصلت القول في ذلك عند الكلام على تقسيم المارية من حيث المزمع ودمه
وقد ظهر لي هناك بقاء المارية في يد المستعير متى ما أحج الأمر إلى ذلك باجرة
مثلها فلا داعي لاعادته . (٢)

والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من الاحناف والشافعية والحنابلة وهو
قول للمالكية في المارية المطلقة ما لم تكن أرضا اعيرت للمفوض حيث تلزم في المارية
المعتادة للائتناف بمثلها عندهم حتى وإن كانت المارية مطلقة من حيث المدة (٣)

(١) انظر في هذا الحديث سبق تخريجه — انظر من هذا الرسالة .

(٢) انظر من هذا الرسالة .

(٣) الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٣ / ٣٩٠٦ / ٣٩٠٧ ،
وأما أفندي — مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ / ٣٤٧ ، والرولى — نهاية
المحتاج إلى شن المنهاج ج ٥ / ١٢٩ / ١٣٠ / ١٣١ الشيرازي — المصنوع
ج ١ / ٣٧٠ / ٣٧١ ، البهقي — شرح منتهى الإرادات ج ٢ / ٣٩٨ ، محمد
عليش — شن منهج الجليل على مختصر المائسة خليل ج ٣ / ٤٩٦ .

- القول الثاني : اذا كانت العارية مؤقته ورجع المميز قبل بنهاية الوقت لم يجب على المستعير رد العين المعارة قبل ذلك . اما اذا كانت العارية مالمدة ورجع المميز قبل ان ينتفع المستعير بها وجب ردها حينئذ الا في اعارة الارض للخيول او البهائم فلا يجب الرد اذا حصل المالم يضي من الوقت ما يكفي للانتفاع بها في عرف الناس واصطلاحهم والى هذا ذهب المالكية في اصح الاقوال عنهم (١) . وفي قولهم ان الرد لا يجب على المستعير برجوع المميز في العارية المطلقة الا بعد ان يضي قدر ما تمار لثله في اصطلاح الناس سواء اكانت العارية أرضا للخيول او البهائم او غيرها ذلك (٢) .

وسبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة خلافهم في لزوم العارية وهدم لزومها فمن قال منهم : بان الاصل في العارية اللزوم في الجملة قال : لا يجب رد المميز من المعار بغير رجوع المميز في الجملة كما سبق بيان ذلك .

ومن قال منهم : بان الاصل في عقد العارية عدم اللزوم قال : يجب على المستعير رد العين المعارة بغير رجوع المميز عن عقد العارية في الجملة . ولقد سبق ان بينت ادلة الفريقين في هذه المسألة عند الكلام على تقسيم العارية من حيث اللزوم وعدمه . وقد ظهر لي هناك - بادلتقوية - رجحان ان الاصل في العارية الجواز ، اي عدم اللزوم . (٣)

(١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩٤ وانظر حاشية الدسوقي عليه - الخطاب

- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ج ٥ / ٢٧١ ، محمد عيش - شرح

منح الجليل على مختصر العلامة خليل ج ٣ / ٤٩٦ .

(٢) المواهب السابقة .

(٣) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

وعلى هذا فالذى يظهر لى هنا ان المميز اذا رجع عن المارية وجب رد الميمن
المحارة الميسوء اكانت المارية مطلقا وموقتة . الا اذا ترتب على الرد ضرر
بالمستعير او ارتكاب فعل محرم شرعا حيث تبقى فى يد المستعير باجرة مثلها
كما سبق بيان ذلك . (١)

— الحال الثانية : انتهاء مدة الاعارة :

اذا كانت المارية موقتة فتمتد تسمية المدة فهل يجب رد الميمن المحارة
بمجرد انتهاء المدة ام لا يجب ذلك الا بطلب المميز . للفقهاء فى ذلك قولان :

— القول الاول : يجب رد الميمن المحارة الى مميزها بانتهاء ذلك الوقت
وان لم يطلبها المميز والى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة
وهو احدى القولين عن الاحناف واختاره . منهم شمس الاثمة السرخسى رحمه الله (٢)

— القول الثانى : لا يجب رد الميمن المحارة بمجرد انتهاء وقت الاعارة
وانما يجب ذلك لطلب المميز والى هذا القول ذهب الاحناف فى احدى القولين عندهم
لان المارية بعد مضي الوقت تكون كالوديعة فى يد المستعير والوديعة لا يجب رد ها
قبل الطلب وكذلك الامر فى المارية . (٣)

(١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

(٢) التاودى — حلى المجامع لمنتفكر ابن عاصم ج / ٢٢٥ / ٢٢ مطبوعها مشر الميهجبة
شرح التحفة ، شرح الخريشى على مختصر سيدى خليل ج / ١٢٢ / ٦ ، الرولى
نهاية المحتاج الى شن المنهاج ج / ١٣٠ / ٥ ، حاشية الشرقاوى على تحفة
الطالب ج / ٩٤ / ٢ ، الميهجى — كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٧٣ / ٤ —
الكاسانى — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج / ٣٩٠٦ / ٨ — ابن عابد يمين
— قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج / ٤٠٠ / ٨ — نظام القضاوى الهندية
ج / ٣٧١ / ٤ .

(٣) ابن عابد يمين — قرة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج / ٤٠٠ / ٨

ويمكن ان يناقش هذا الدليل * بان قياس المارية على الوديعة في هذا الامر
قياس مع الفارق اذ ان امساك المودع للوديعة بعد مضي الوقت امساك للمالك لانه
بعد مضي الوقت بنى على القبض السابق * وهو كان للمالك وفي المارية الامساك بعد
مضي الوقت لنفسه لان معنى على القبض السابق وذلك ان كان لنفسه وعدم الضمان في الوقت
كان لاذن فلم يوجد بعد مضي مضيده * (١)

ومن هنا فالذي يظهر لي رجحانه وجوب رد المين المارة الى معيره
بانتهاء وقتها ان كانت المارية مؤقته ولو لم يطلبها وفي ترجيح هذا القول يقول
شمس الائمة السرخسي * ولو استمار الدابة يوما الى الليل ولم يسم ما يحمل عليها
لم يضمن اذا هلكت لان قبضها باذن صحيح ولكن اذا امسكها بعد مضي اليوم
فهو ضامن لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيضمن كما في المودع
اذا طوّل بالرد فلم يرد حتى هلك وهذا بخلاف المستاجر فان بعد مضي المدة
اذا امسكها لا يضمنها الميطال صاحبها بالرد لان مؤقته الرد هنا ليست على المستاجر
ولكنها على المالك فاذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستاجر منع يصير
به ضامنا وهنا مؤقته الرد على المستعير فاذا امسكها بعد مضي المدة فقد وجد
منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعير عليه * (٢)

الحالة الثالثة : موت المعير او المستعير :

اذا مات المعير او المستعير وجب رد المين المارة الى مالكها فان كان
المعير هو الميت وجب على المستعير ردّها الى ورثته وان كان الميت هو المستعير

(١) المرجع السابق ج ٨/ ٤٠٠

(٢) السرخسي - المهسوط ج ١١/ ١٣٧

وجب على ورثته ردها الى المميز والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة (١) .

اما الاحناف : فقد سبق قبل قليل ان لهم فسخ رد المارية المؤقتة قولين بمجرد انتهاء الوقت قولان عند قول بوجوب الرد ، ولو لم يطلب المميز ذلك . وقول بعدم وجهه الا بعد طلب المميز له . والذي يظهر - والله اعلم - ان هذا بين القولين جريان في هذه المسألة ايضا . اذ لا خلاف بين الاحناف في ان المارية تنتهي بموت احد المتعاقدين في عقد المارية كما تنتهي بمضى المدة في المارية المؤقتة . فاذ كان لهم في رد المارية عند انتهاء المقد بمضى المدة قولان فلا يمس ان يكون لهم في ردها عند انتهاء المقد بموت احد المتعاقدين قولان ايضا . (٢)

واما المالكية : فقد سبق انهم يقولون يلزم المارية المؤقتة الى نهاية الوقت اما المطلقة فبجائز عندهم الا اذا كانت المين المارية ارضا للخرس او للمناء وحصل فيها لازمة حينئذ في المدة التي تكفي للانتفاع بذلك ، وهذا الصح الاقوال عندهم في المارية المطلقة ولهم قولان اخران سبق ذكرهما (٣)

والذي يظهر من ذلك والله اعلم ان المارية ان كانت مؤقتة وكانت المين المارية ارضا للخرس او للمناء وحصل فلا يمتنع موت احد المتعاقدين موجبا لفسخ عقد المارية عند المالكية فضلا عن ان يكون موجبا لردّها وذلك نظرا للزم المارية عندهم الى نهاية الوقت ان كانت المارية مؤقتة ولزم قد ماتمار لمثله ان كانت ارضا

(١) الرطب - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - ج ٥ / ١٣٠ / ١٣١ حاشية

الشرقاوى على تحفة الطالب ج ٢ / ٩٤ - المبهوت - كشف القناع عن من

الانتفاع ج ٤ / ٧٣

(٢) انظر من هذه الرسالة . وانظر المروسي - الميسوط ج ١١ / ١٤٣

الحصفي - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٨ / ٤١٣ مطبوع باعلى صفحات

تكلمة رد المختار لابن عابدين .

(٣) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

للنفس أو البناء . ومن هنا فلا يؤثر في ذلك موت أحد المتعاقدين كما لا يؤثر
ذلك في سائر العقود اللازمة عندهم كالأجارة ونحوها . (١)

ولقد سبق أن أراجع فيما ظهر لي ، أن الأصل في المارية الجواز ونال المزم
سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ، فالتمير أو المستمير حق الرجوع عن عقد المارية
في أي وقت شاء ذلك بغض النظر عما استثنى من ذلك . ولقد ذكرت من الأدلة
ما يعيد هذا الأمر . (٢)

كما سبق بأن أراجع وجوب رد العين المارة بمجرد انتهاء عقد المارية
أن كانت مؤقتة ولو لم يطلب الميم ردها . (٣)

وإذا ثبت ذلك فالذي يظهر لي - أن موت الميم أو المستمير يوجب رد الميم
المارة كما هو رأي الشافعية والحنابلة وظاهر أحد القولين عند الأحناف - وذلك
نظرا إلى أن المبيع لبقاء العين المارة في يد المستمير هو عقد المارية فإذا
مات هو والميم انقضى العقد لجوازه من الطرفين وإذا انقضى العقد فلا معنى
لبقاء العين المارة في يد المستمير . أو في يد ورثته ومن هنا وجب رد العين المارة
إلى ميمها أو إلى ورثته إن كان الميت هو الميم لقوله عليه الصلاة والسلام : " على اليد
ما أخذت حتى تؤديه " (٤) . ولقوله عليه السلام " المارية مؤداة " (٥)

(١) ابن جزي - قوانين الاحكام الشرعية / ٣٠٥ - ابن عبد البر - الكافي ج ٢ /

(٢) انظر من هذه الرسالة .

(٣) انظر من هذه الرسالة .

(٤) هذا الحديث سبق تخريجه . انظر من هذه الرسالة .

(٥) هذا الحديث سبق أيضا تخريجه انظر من هذه الرسالة .

- الحال الرابعة : جنون احد المتعاقدين او اغيائه او الحجر عليه :

اذا جن المميز او المستمير ، او اغى على احدهما او حجر عليه لسفه او على المميز
 لقلس . وجب حينئذ رد المين المعارة وذلك نظرا الى ان المعارة عقد جائز
 من الطرفين كالوكالة . فينفسخ بجنون احد المتعاقدين او اغيائه او الحجر عليه
 واذا انفسخ العقد وجب رد المين المعارة والى هذا ذهب الشافعية (١) ولم اجد
 لغيرهم في كتاب المعارة كلاما في ذلك .

(١) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢/ ٣٣٢ . حاشية الشرفاوى
 تحفة الطالب ج ٢/ ٩٤ - الاردبيلي - الانوار لاعمال الابراج ج ١/ ٢٤٠ .

المبحث الثاني الرد المهرأ من الضمان

اذا وجب رد المهر المهرارة فلا يخلو الامر :

اما ان يرد المستعير المهرارة بنفسه الى المعير او الى وكيله في ذلك او الى من في عياله (١) ، او الى ملكه او الى الحاكم عند غيابه وغياب وكيله او الحجر عليه بسفه او قلبي .

واما ان يامر المستعير احدا ممن في عياله يردّها الى المعير او ان يامر اجنبيا بذلك . وفي كل الاحوال هل يكلف المستعير برد المهرارة الى الموضع الذي يريده المعير او ليس عليه ان يردّها الا الى الموضع الذي استعارها منه فيه . الواقع ان للفقهاء في جميع ماسبق تفصيل ، سحاول بيانه في المسائل التالية :

المسألة الاولى : رد المهر المهرارة الى معيرها او الى وكيله .

المسألة الثانية : رد المهر المهرارة الى من في عيال المعير .

المسألة الثالثة : رد المهر المهرارة الى ملك المعير .

المسألة الرابعة : رد المهر المهرارة الى المعير مع من في عيال المستعير .

(١) عياله - بالكسر جمع عيل . والمراد بذلك في اللغلا العربية : اهل بيت الرجل اللذين ينفق عليهم وقد يراد بالميل الجمع والعيال المفرد ويقال : هو عيال على غير مكل عليه لا يستقل بأمره .

ويقصد بمن في عيال المعير او المستعير عند الفقهاء وخاصة عند الاحناف : " من يسكن مع المعير او المستعير سواء اكان في نفقته او لم يكن فالمهرارة في هذه للمساكنة الا في حق الزوجة والولد الصغير والعهد لكن يشترط في الولد الصغير ان يقدر على الحفظ . وعلى هذا فيعتبر الاجنبي الذي يسكن مع المعير او المستعير مسكن عياله " انظر في هذا : الزيات وآخرون - المعجم الوسيط ج ٢ / ٦٤٤ مادة (عول) (ابن عابدين - قرة عيون الاخبار - تكملة رد المحتاج / ٣٣٦ / ٨ .

- المسألة الخامسة : رد المين المارة الى المير مع اجنبي .
المسألة السادسة : رد المين المارة الى الحاكم او الولي .
المسألة السابعة : تسليم المين المارة للمير في الموضع الذي حصلت فيه
 الاستشارة .

المسألة الاولى : رد المين المارة الى مغيرها او الى وكيله :

اذا وجب على المستعير رد المين المارة ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء ، ففى
 أنه يبرأ من الضمان بردها على صفحتها الى يد مالكها ، او الى يد وكيله في حفظها
 والقيام عليها ولو تلفت بعد ذلك فلا ضمان على المستعير حينئذ ، وذلك نظراً
 الى انه اتى بالتسليم المتعارف عليه بين الناس غيراً من الضمان بذلك . (١)

المسألة الثانية : رد المين المارة الى من في عيال المير :

اذا رد المستعير المارة الى من في عيال المير فلا يخلو الامر :
 اما ان يكون الذى ردت اليه المين المارة ، ممن اسند اليه الاهتمام بها وامثالها
 كالسائس اذا كانت المين المارة دابة وكالزوجة المتصرفه في مال زوجها اذا كانت

- (١) ابن عابد بن - قرة عيون الاخبار ج ٨ / ٤٠٢ / ٤٠٣ / ٤٠٤ - الزيلعي - تبين
 الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٨٩ / ٩٠ ، على حيدر - دور الحكام شرح
 مجلة الاحكام ج ٢ / ٣٣٢ / ٣٣٣ مادتى (٨٢٨ / ٨٢٩) التسولي - البهجة
 فى شن التحفة ج ٤ / ٧٣ / ٧٤ . النازدي - حلى المصالح ج ٢ / ٧٣ / ٧٤
 الدردير - الشن الكبير ج ٣ / ٣٩١ . حاشية الشرواني على تحفة الطلاب
 ج ٢ / ٩٥ . البهقي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٥ / ٤٢٠ . مطبوع
 بهامش حاشيتي الشرواني والمبادئ - الشيرازي - المذهب ج ١ / ٣٧١ - ابن
 عبد الوهاب - حاشية القنع - ج ٢ / ٢٣٠ ، البهقي - كشاف القناع
 ج ٤ / ٧٣ . المرداوي - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف
 ج ٦ / ١١٦ / ١١٧ .

المارية المضردة مما تتصرف فيه عادة •

وأما ان يكون ممن ^{يؤسند} اليه الاهتمام بتلك المارية ونحوها • وحينئذ لا يخلو الامر :
أما ان تكون المين المارة مال نفيس • كالأحجار الكريمة ونحوها مما لا يترك تحت
يده عادة • وأما ان تكون مما يترك تحت يده ولو في بعض الاوقات •

فإذا كان من في عيال المميز ممن أسند اليه الاهتمام بالمين المارة وأمثالهم
فللقهاء في براءة المستعير من الضمان بالرد اليقولاه :

— القول الاول : يبرأ المستعير من الضمان بالرد اليه • فلو تلفت المارية في يده
بعد ذلك فلا ضمان على المستعير حينئذ وإلى هذا ذهب الاحناف والحنابلة • (١)

— القول الثاني : لا يبرأ المستعير من الضمان بالرد اليه • فلو تلفت في
يده لوجب على المستعير حينئذ الضمان ان طالبه المميز بذلك • الا ان المستعير
هنا يكون طريقا للضمان فقط • اما قراره فعلى من قبض المين المارة منه ممن في عيال
المميز الحصول التلف في يده • فافلا ضمن المميز المستعير رجح المستعير على
من قبضها منه وإذا ضمن المميز من قبضها من عياله لم يرجع على المستعير •

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الشافعية وذلك نظرا الى ان المستعير مأمور برد المارية
الى مميها او الى من وكله في قبضها منه فلا يجوز ردها الى غيره الا باذنه والمميز
هنا لم ياذن ببرد المارية الى من أسند اليه الاهتمام بالمين المارة فمن هو في عياله
وعلى هذا يكون المستعير طريقا للضمان اذا ردها اليه تلفت في يده لعدم الاذن من
المميز بالرد اليه • (٢)

(١) انظر المراجع السابقة للاحناف والحنابلة •

(٢) الانصاري سائق المطالب شرح روض الطالب ج ٣٢٩/٢ • حاشية الجمل على شرح
المنهج ج ٤٥٨/٣ — النووي — روضة اللالين ج ٤٤٦/٤ ج ٦٧/٥ •
الهيضي تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤٢٠/٥ • مطبوع مع حاشيتي الشرواني
والعبادي •

ويمكن ان يناقش هذا : بان المميز وان لم ياذن برد المارية الى من في عياله صراحة ، الا ان المميز لما اسند اليه الاهتمام بالمعين المارة او ما مائلها دل ذلك على رضاه بالرد اليه بدليل ان المستمير لو ردها الى المميز لردا الى من يهتمها ويقوم عليها من عياله فلا يكون في الرد اليه اذ تنضيح للمارة والتالسي فلا يجب الضمان على المستمير حيثئذ ولا ينبغي ان يكون طريقه . (١)

ومن هنا ، فالذي يظهر لي رجحانه ان المستمير يبرأ من الضمان بـرد المعين المارة الى من اسند اليه الاهتمام بما يائلها من هو في عيال المميز كما ذهب الى ذلك كلا من الاحناف والحنابلة . وذلك نظرا الى ان المستمير قد رد المعين المارة الى من اذن له المميز بقبض ماله عرفا وادة فاشبه بالورد ها الى من اذن له المميز بـرد للصراحة ومن هنا كان الرد على هذه الصورة مبررا للمستمير من الضمان . (٢)

اما اذا كان من في عيال المميز ممن لم يسند اليه الاهتمام تلك المارية او ما مائلها فان كانت المارية مالا نفيسا فلا علم خلافا بين الاحناف والشافعية والحنابلة ، ففى ان المستمير لا يبرأ من الضمان بـرد ها اليه فلو تلت في يده لوجب الضمان على المستمير ان طال به المميز بذلك . وذلك نظرا الى ان الماد قهرت على ان ترد الاموال الثمينه الى مالكيها دون غيره . فاذا رد ها الى من في عياله ممن لم يسند اليه القيام عليها

(١) ابن عابد بن - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤٠٣ - الزيلعي

تبيين الحقائق - شرح كنز الدقائق ج ٥ / ١٠٠ - البهوتي - كشاف القناع

عن متن القناع ج ٤ / ٢٤٠ الرد ادى - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف

ج ٦ / ١١٢ .

(٢) المراجع السابقة .

والاهتمام بها بدون اذنه كان متعد يا بذلك فلا يبرأ من الضمان حينئذ (١) .

أما اذا كانت المين المعارة مما يترك تحت يد من في عيال المصير ولو فسى
بعض الاوقات كالدابة ونحوها ففي براءة المستصير بردها اليه اذا لم يكن ممن اسند
اليه الاهتمام بها قولان للفقهاء :

- القول الاول : يبرأ المستصير من الضمان برده المين المعارة اليه وان لم يكن
ممن اسند المصير اليه الاهتمام بها والقيام عليها . والى هذا القول ذهب الاحناف
في اصح القولين عندهم . (٢)

- القول الثاني : لا يبرأ المستصير برده المين المعارة اليه من الضمان فليس
تلفت في يده لوجب على المستصير الضمان حينئذ ان الماله المصير بذلك . والى هذا
القول ذهب الاحناف في أحد القولين عندهم واليه ذهب الشافعية والحنابلة .

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١٠/٥ - ابن نجيم - البحر
الرائق ج ٢٨٤/٢/ للرفيعاني - الهداية شرح بداية المبتدي ج ١٧/٩ مطبوع
مكتبة فتح القدير والمنافاة - حاشية سعدى النوى - روضة الطالبين
ج ٤٤٦/٤ - ج ٦٢/٥ حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب ج ٩٥/٢ حاشية
الجمال على شن المنهج ج ٤٨٥/٣ - البهوتي - كشف القناع عن مشن
الاقناع ج ٧٤/٧٣/٤ - ابن عبد الوهاب - حاشية القناع ج ٢٣٠/٢ -
المرداوى - النصاب في معرفة الراجع من الخلاف ج ١١٢/٦

(٢) دامادندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الايهر - ج ٣٥١/٢ ابن عابد بن
- قرة عيون الاخبار - كلمة رد المختار ج ٤٠٣/٤٠٢/٨ - على حيدر
در الحكام شرح مجلة الاحكام ج ٣٩٣/٣٣٢/٢ ماد تسمى
• (٨٢٩/٨٢٨)

وذلك نظرا الى ان المستعير لم يرد المدين الى مالكيها ولا الى نائيه فيها وليس هناك ما يدل على اذن المالك لم يردّها الى من في عياله فلا يبرأ حيث قد من الضمان كما لو ردها الى اجنبي . (١)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل : بان المدين المصارعة لو كانت دابة قودها المستعير الى عبد المعبور او اجيره مسانحة او مشاهرة او الى ولده فان كل واحد من هؤلاء ليس ممن يسند اليه الاهتمام بالدابة والقيام عليها في المادة اذ الاهتمام بها للمالك في الغالب ولكن عدم اسناد الاهتمام بها الى احدهم لا يقتضي ان لا تدفع الدابة الى واحد منهم في بعض الاوقات . واذا سلم هذا الامر كان رضا المعبور بقبضهم لها في بعض الاوقات دليلا على رضاه بردها الى احدهم ولهذا قد لا يسلم بما استدل به المخالفون لهذا الرأي من انه ليس هناك ما يدل على اذن المالك للمستعير بردها الى من في عياله (٢) .

ومن هنا فالذي يظهر لي ان الرجوع ما ذهب اليه الاحناف في اصح القولين عنهم في ان المدين المصارعة ان كانت غير نفيسة فان ردها الى من في عياله المعبور يسرا المستعير من الضمان وان كان ليست في يده دائما بموجب عدم قيامه عليها والاهتمام بها الا انها كما سبق تدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضا المالك بالرد اليه موجودا دلالة فبراً المستعير حيث قد من الضمان بالرد اليه (٣) . والله تعالى اعلم بالصواب .

(١) المراجع السابقة . الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٩ حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ / ٤٥٨ - النوري روضة اللالين ج ٤ / ٤٤٦ هـ ج ٥ / ٦٢٠ البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٢٤٠ ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج ٥ / ١٤٧ - المرداوي - الانصاف في معرفة الرجوع من الخلاف ج ٦ / ١١٧

(٢) المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ١ / ١٧ - واماد افندي - مجمع

الانهر شرح ملقى البحر ج ٢ / ٣٥١

(٣) انظر المراجع السابقة .

المسألة الثالثة : رد الممين المحارة الى ملك المقيم :

إذا رد المستمير الممين المحارة الى ملك مقيمها كبيتة ونحو ذلك فللقهاء غنى براءة المستمير من الضمان بهذا الرد قولان :

— القول الأول : إذا رد المستمير الممين المحارة الى ملك مقيمها فان كان ذلك الملك مكانا لحفظه تلك العارية وامثالها عادة فلا ضمان على المستمير حثـثـه بردها اليه وذلك كما لو كانت الممين المحارة دابة فردها الى الاصطبل او ساططا فردها الى البيت او نحو ذلك والى هذا القول ذهب الاحناف فى احد القولين عندهم . (١)

— القول الثانى : إذا رد المستمير الممين المحارة الى ملك مقيمها فلا يبرأ من الضمان اذا تلفت ولو كان مكانا لحفظ تلك العارية وامثالها والى هذا ذهب الاحناف فى احد القولين عندهم . ومن ذهب اليه منهم الائمة الثلاثة ابو يوسف ومحمد و زفر كما ذهب اليه الشافعية والحنابلة وذلك نظرا الى ان المستمير مأمور برد العارية الى مالكها او نائبه فيها فما لم يردّها الى احدهما فلا يبرأ من الضمان كما لو ردّها الى اجنبى . (٢)

- (١) ابن عابدين — قرعة بين الاخبار تكملة رد المحتار ج / ٤٠٢ / ٨ — المرفغانسى الهداية شرح بداية المبتدى ج / ١٧ / ٩ ما يجمع متكلمة فتح القدير والعناية وحاشية سمدى ، اما افندى — مجمع الانهر شرح ملتقى الابحرج ٣٥١ / ٢ — المراجع السابقة ، ابن مفلح — المبدع فى شرح المنتبج ج / ١٤٧ / ٥ المرداوى — الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج / ١١٦ / ٦ ، المبهوتى — كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٢٤ / ٤ الشيرازى — المذهب ج / ٣٢١ / ١ ، الرملى — غايية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٢١٥ / ١ النوى — روضة الطالبين ج / ٤٤٦ / ٤ ج / ٦٢ / ٥ الا ان الشافعية يستثنون من عموم هذا القول ما اذا رد المستمير الممين المحارة الى ملك المقيم فعلم بذلك او غيره وثقة حيث لا ضمان على المستمير اذا تلفت بهذا ذلك . انظر الانصارى ، اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٣٢٩ / ٢ .

ويمكن ان يناقش هذا القول ، بان المكان الذي تحفظ فيه المين المارة عادة مكان لا يمانع المير في ردها اليه اذ لو ردت الى المير نفسه لردّها الى ذلك المكان كما سبق وان ذكرت ذلك تقريبا فهو وان لم ياذن للمستعير بردها الى ذلك المكان صراحة ، الا ان عدم مانعته في ذلك عادة وهرفا ، اذن بالمرء اليه دلالة فلا يكون المستعير بذلك مضيقا للمين المارة . (١)

ومن هنا فالذي يظهر لي رجحانه من هذين القولين ما ذهب اليه الاحناف في القول الاول في ان المستعير يرا من الضمان برد المارة الى ملك المير الذي يعتبر مكانا لحفظ تلك المارة وامثالها فيه لانه اتى بالتسليم المتعارف عليه بين الناس ، وهذا لان المكان الذي تحفظ فيه المين المارة ونحوها في يد المالك فلوردها المستعير الى المالك لردّها بدوره الى ذلك المكان ، فكان الرد اليه ردا على المالك . (٢)

— المسألة الرابعة : رد المين المارة الى المير مع من في عياله المستعير :

اذا ارسل المستعير احد من في عياله بالمين المارة الى المير ، تخلفت في يد ^{الرسول} المستعير قبل ان يسلمها الى المير فلا يخلو الامر ، اما ان يتعدى الرسول على المين المارة او يقصر في حفظها ، واما ان لا يحدث شيء من ذلك فان تعدى الرسول على المين المارة ، او قصر في حفظها تخلفت وجب الضمان حينئذ على الرسول دون المستعير .

اما اذا لم يتعدى عليها او يقصر في حفظها فلا ضمان عليه ولا على المستعير ايضا وذلك نظرا الى ان المارة لما كانت امانة في يد المستعير كان له ان يحفظها بيد من في عياله قياسا على الوديعة في هذا الامر .

(١) ابن عابد بن قرقعبيون الاخبار تكملة رد المحتارج / ٨ / ٤٠٢ / ٤٠٣

(٢) المرجع السابق .

واذا جازان يحفظها بيد من في عياله جازان يسلمها للبيد لها المسمى
المخير ، وعلى هذا فلا يكون متعد يا بتسليم العين المارة لمن في عياله واذا لم يكن
متعد يا فلا ضمان عليه حينئذ ، لانه امين والمؤمن لا يضمن ، الا اذا تعدى
على ما ائتمن عليه او قصر في حفظه . ولما كان الرسول في هذه المسألة اميناً ايضاً
لم يجب عليه الثمان ، كذلك ما لم يتعدى او يقصر . والى هذا التفصيل ففى
هذه المسألة ذهب فقهاء الاحناف ، كما ذهب اليه المالكية ايضاً في عارضة
مالا يثاب عليه . (١)

اما الشافعية والحنابلة فسيأتى ، ان الاصح عندهم ان المارة مضمونة على
المستخير بكل حال سواء تلفت بحد تعديه عليها او قصيره في حفظها ام تلفت
بآفة سماوية والى هذا ذهب المالكية ايضاً على احد القولين عندهم في عارضة
مالا يثاب عليه .

والذى يظهر من كون المارة مضمونة ان المستخير لا يبرأ من الثمان عندهم
اذا تلفت العين المارة في يد الرسول وان كان احد عياله لان العين المارة عندهم
قبل تسليمها للمخير ، من ضمان المستخير ولا يرتفع الضمان عنه الا اذا ردت على
صنعتها الى يد المخير او الى من يقوم مقام يده والعين في هذه المسألة قد تلفت قبل
الرد . فلا يبرأ من الضمان حينئذ . (٢)

(١) السرخسى - المصنوع ج ١١/ ١٤٣ ابن عابد بن - قرعة بين الاخبار تكلمة
رد المحتار ج ٨/ ٤٠٢/ ٤٠٣/ ٤١٦ - المرحماني - الهداية - شرح بداية
المتن ج ٩/ ١٢ مطبوع من كلمة فتح القدير والنهاية وحاشية سـ
داماد افندي - مجمع الانهر شرح مطلق الابحرج ٣٥١/ ٢ - شرح الخرشني
على مختصر سيد خليل ج ٦/ ١٢٨ هـ التسولي - البهجة شرح التحفة
ج ٢/ ٢٢٢

(٢) انظر المصنفات التالية من هذه الرسالة .

وسياتى ان صبح القولين عند المالكية : ان عارية ما يناب عليه مضمونة على المستعير ، الا اذا ثبت ان هلاكها بدون تعد منه او تقصير (١) .

والذى يفهم من هذا ان المستعير ورسوله لا يبرءان من الضمان الا اذا اثبتا عدم التعدى او التقصير .

وسياتى ان شاء الله فى الفصل الثالث من هذا الباب بيان ان العارية امانة لا مضمونة بآثار غرق فى ذلك بين ما يناب عليه او ما لا يناب عليه كما هو رأى فقهاء الاحناف وقوادشهم على ذلك تعدل على رجحان ما ذهبوا اليه . (٢)

وان كانت العارية امانة . فالذى يظهر لى رجحان ما ذهبوا اليه الاحناف فى هذه المسألة من ان المستعير يبرأ من الضمان اذا رد العين المعارة صح احد عياله تلتفت فى يده لعدم تعديه فى ذلك . والامين انما يضممن ن اذا تعدى .

- المسألة الخامسة : رد العين المعارة مع اجنبى : (١)

اذا رد المستعير العين المعارة الى المصير مع اجنبى قبل ان يسلمها ا الى المصير تلتفت فى يده فلا يخلو الامر :

اما ان يرد العين المعارة معه بعد انتهاء عقد العارية واما ان يردها ا معه قبل انتهاء عقد العارية .

-
- | | |
|------------|----------------|
| (١) انظر ص | من هذه الرسالة |
| (٢) انظر ص | من هذه الرسالة |

فان رد حاميه بعد انتهاء عقد العارية فتلقت في يده قبل ان يسلمها
الى المير فتلحقها في براءة المستمير من الضمان قولان :

— القول الاول : لا يبرأ المستمير من الضمان والى هذا ذهب الاحناف وهو ظاهر
ما ذهب اليه المالكية في عارية ما يشاب عليه . (١)

— القول الثاني : يبرأ المستمير من الضمان . والى هذا ذهب المالكية في عارية
مالا يشاب عليه وذلك نظرا الى ان عادة الناس جارية برد الصواري مع المرسـل
فلا يكون المستمير متحمدا يبرد الممين المعارة مع الاجنبى واذا لم يكن متحمدا بذلك
فلا ضمان عليه لان عاريته ما لا يشاب عليها مائة في يده والمؤمن لا يضمن ما لم يتحمدا
او يقصر . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل بان الممين المعار يبعد انتهاء عقد العارية
تصبح في يد المستمير كالممين المخصصة في يد الناصب والممين المخصصة اذا تلقت
قبل رد ها الى مالكها وجب على الناصب الضمان فكذا هاهنا . (٣)

(١) ابن خابدين — قرطبيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤٠٣ / ٤٠٤ الحـصـكـفـى

الدر المنقى شرح الملتقى ج ٢ / ٣٥١ مطبوع بهامش مجمع الانهر والهابرتى

شرح المناية على الهداية ج ١٨ / ٩٠ .

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٨ — التسولى — البهجة

فى شرح التحفة ج ٢ / ٢٧٧ .

(٣) البهوتى — كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٧٣ ابن قدامة — المنقى

ج ٥ / ١٢٠ .

— الكاسانى — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٧ — شرح

ابغرشى على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٢٧ .

ومن هنا فالذي يظهر لى عدم براءة المستمير من الضمان فى هذه المسألة
ولقد علل فقهاء الاحناف لذلك بتحميلين :

— التحليل الاول : لما كان رد المين المعارة واجبا بانتهاء عقد العارية فورا
كان امساكها بعد الانتهاء موجبا للضمان اذا تلفت فى يده فاذا انتهى عقد
العارية ثم دفعها لشخص اجنبى ليردها الى المصير ، فلا يبرأ من الضمان اذا تلفت
فى يد الاجنبى لا لانه ردها مع اجنبى وانما لانه امسكها بعد انتهاء عقد العارية
حتى اذا هلكت فى يده ضمن فذلك اذا تركها فى يد الاجنبى . (١)

وهل هذا التحليل لا يكون رد المين المعارة مع الاجنبى هو الموجب
للضمان وانما الموجب له امساك العارية بعد انتهاء العقد .

— اما التحليل الثانى : فهو ان عقد العارية اذا انتهى تصح المين المعارة
فى يد المستمير ودية والمودع بالفتح لا يملك الاداع عند القهاء . فاذا اعطى
المستمير المين المعارة لاجنبى ليردها الى المصير بعد انتهاء عقد العارية
كان المودع بالفتح اذا اودع المين المودعة لديه عند اخر فلا يبرأ من الضمان
حينئذ لان ظهور موجه وهو التمدي باعطاء المين المعارة لاجنبى بعد انتهاء
عقد العارية . (٢)

وهل هذا التحليل يكون الموجب للضمان حينئذ فى هذه المسألة اعطاء المين

(١) ابن عابدين — قرعوني الاخبار تكملة رد المختار ج ٨/٣٠٣/٤٠٤ — الحنفى

— الدر المنقى فى شن الملتقى ج ٢/٣٥١ — مطبوع بهامش مجمع الانهر

الهابرى — شرح المنية على الهداية ج ١/١٨٠ — مطبوع مخجلة فتح القدير

وحاشيته سعدى والهداية .

(٢) انظر المراجع السابقة .

المعارة لاجنبى ليردها الى المعتبر بعد انتهاء عقد المعارة لا لان المستمير
امسك المين المعارة بعد انتهاء العقد .

وخلافا للاحناف فى موجب الضمان هناك راجع فيما يظهر لى ، الى خلافهم
فى الرد بمجرد انتهاء عقد المعارة فمن قال منهم : بموجب رد المين المعارة
بمجرد انتهاء عقد المعارة فورا . قال / : بان موجب الضمان هناك امسك المين
المعارة بعد انتهاء العقد . ومن قال بعدم وجوب الرد الا بعد طلب المعتبر
قال : بان المين المعارة تبقى فى يد المستمير بعد انتهاء العقد ودية فلا يجب
ردها الا بطلب المعتبر والتالى يكون موجب الضمان حينئذ فى هذه المسألة
اعطاء المين المعارة لاجنبى ليردها بعد انتهاء عقد المعارة . وقد سبق اول هذا
الفصل بيان ذلك وان الراجع وجوب رد المين المعارة بمجرد انتهاء عقد المعارة
هناك هناك وجه رجحان هذا الامر فلا داعى لاعادته . (١)

وهلى هذا فيكون موجب الضمان فى هذه المسألة هو امسك المين المعارة بعد
انتهاء عقد المعارة . (٢)

(١) انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

(٢) واما الشافعية والحنابلة فلم اجد لهم كلاما فى هذه المسألة الا ان الذى
يظهر لى من كون المعارة عندهم بعد انتهاء عقد المعارة كالمين المفصولة
فى يد الشايب ، ان المستمير لا يبرا من الضمان برد المعارة مع الاجنبى
اذا تلفت فى يده .

ولهية فيكون موجب الضمان حينئذ امسك المين المعارة بعد انتهاء عقد المعارة
كما هو الامر عند الاحناف على احد قولين . انظر الرولى : نهاية المحتاج الى
شرح المحتاج ج / ١٢٤/٥ ، المهينى - تحفة المحتاج ج / ٤٢٠/٥ ،
المهينى - كشف القناع عن متن الاقناع ج / ٦٦/٤ ، ٧٣/٢٢ ، ابن
قدامه - المثنى ج / ١٧٠/٥ .

أما إذا رد المستعير المين المارة الى المير مع اجنبى قبل انتهائهم
عقد المارة فللقهاء في ابراء المستعير من الضمان اذا تلفت المين المارة ففى
يد الاجنبى قولان :

- القول الاول : يبرأ المستعير من الضمان ، والى هذا ذهب الاحناف ففى
اصح القولين عنهم ، قال فى البرهان : وهذا قال مشايخ الطرق وهو ما عليه
القوى . اهـ . والى هذا القول ذهب المالكية ولعلوا لذلك بان عادة الناس
جارية برد السوارى مع الرسل وان لم يكونوا من عيال المستعير او المير ، وعلى
هذا فلا يكون رد ما مع الاجنبى موجبا للضمان على المستعير اذا تلفت فى يده
الاجنبى قبل الرد لعدم تعدى المستعير مارة ما لا يخاب عليه امانة لاتضمن
الا بالتعدى او التقصير . (١)

- القول الثانى : لا يبرأ المستعير من الضمان والى هذا ذهب الاحناف على
القول الثانى عندهم ومن ذهب اليه منهم الكرخى والباقلانى وهو ظاهر
ما ذهب اليه المالكية فى عارية ما لا يخاب عليه (٢) ، وسبب الخلاف بين فقهاء
الاحناف فى هذه المسألة خلافهم فى جواز ايداع المستعير المارة عنده
غيره فمن قال منهم بجواز ايداع المستعير المارة قال : ببراء المستعير من الضمان
اذا رد المين المارة مع اجنبى لعدم تعديه بذلك الفعل ومن قال منهم
بعدم جواز ايداع المستعير للمين المارة قال : بان اعطاء المارة للاجنبى

(١) ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤٠٣ / ٤٠٤ . الهابرتى

شنن العناية على الهداية ج ١٨ / ٩٠ واما افندى - مجمع الانهر شرح

ملتقى الابحرج ٣٥١ / ٢ وانظر الدر المنقى بهامشه . شرح الخرشى

على مختصر سيدى خليل ج ١٢٨ / ٦٠ . المبهجة شرح التحفة ج ٢٢٢ / ٢٠

(٢) انظر المراجع السابقة .

للاجنبى اعتداء من المستعير فلا يبرأ من الضمان اذا تلقت لتعديده بذلك الاعطاء
والحارية امانة لا تضمن الا بالتعدي او التقصير (١) . ولقد سبق بيان ان للمستعير
ان يودع المين المعارة عند غيره بادلة قوية . (٢)

واذا ثبت بما سبق ان للمستعير ان يودع المين المعارة جازله حثـث
ان يرد المين المعارة مع اجنبى ولا يعتبر تعدياً بذلك كما لا يعتبر شـثـث
بايداعها عند غيره ومن هنا فيبرأ من الضمان برد الحارية مع اجنبى اذا تلـثـث
فى يده .

ولم اجد لتغير الاحناف والمالكية كلاماً فى هذه المسألة الا ان الذى يفهم
من كون الحارية مضمونة بكل حال عند الشافعية والحنابلة فى اصح القولين عنـثـث
فى ذلك . ان المستعير لا يبرأ من الضمان الا برد المين المعارة الى يد المـثـثـث
او الى من يقوم مقام يده . (٣)

فاذا تلقت المين المعارة قبل الرد فلا يبرأ من الضمان سواء اكانت فى
يده او فى يد اجنبى وسيأتى فى الفصل الثالث ان شاء الله ، ان المين المعارة
امانة فى يد المستعير كما هو راي الاحناف ومن معهم من الفقهاء فى ذلك (٤) .

(١) المراجع السابقة

- | | |
|------------|------------------|
| (٢) انظر ص | من هذه الرسالة . |
| (٣) انظر ص | من هذه الرسالة . |
| (٤) انظر ص | من هذه الرسالة . |

وإذا كانت المارية امانة ، فالذى يظهر لى ان المستعير يرا من الضمان
اذا تلقت المارية فى يد اجنبى امره بردها قبل انتهاء عقد المارية وذلك نظرا
الى ان المستعير ، أمين على المين المارة والمؤمن لا يضمن الا اذا تمسدى
او قصر فى اعدائه المين لاجنبى ليردها تعد لانه يملك الا يداع فملك ردها
مع الاجنبى . (١)

- المسألة السادسة : رد المين المارة الى الحاكم والولى :

اذا رد المستعير المين المارة الى الحاكم ، عند غياب المير ووكيله
او الى الورثة عند موته او جنونه او اغماؤه اذا استمر الاغماؤه ثلاثة ايام ~~ثا~~
او الى الولي عند الحجر عليه لفسه او غلب برأ المستعير حنق من الضمان ، لانه
اتى بالتسليم المتعارف عليه بين الناس فغيرا من الضمان بذلك .
والى هذا ذهب الشافعية (٢) ، والظاهر ان جمهور الفقهاء لا يخالفون
فى ذلك فى الجملة لما سبق من انهم يقولون : بوجوب رد المين المارة عند
انتهاء عقد المارية (٣) ، فاذا وجب ردها عند انتهاء العقد الى المير وقد
تعذر الرد اليه لمات ما كوت او نحوه ، فالظاهر انها ترد الى من له الولاية
فى ذلك كالحاكم ونحوه .

(١) ابن عابدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٤٠٣ / ٤٠٤ . الهابرتى
النهاية على الهداية ج ١٨ / ٩ / مطابق متكلمة شرح فتح القدير والهداية
وحاشية سعدى .

(٢) الانصارى - اسنى المطالب شن رضى المطالب ج ٢ / ٣٢٩ / ٣٣٢ . الهيشى
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٥ / ٤٢٠ / ٥ / الرلى - نهاية المحتاج
ج ٥ / ١٢٤ / ١٣١ وانظر فى نغرة الصفحة فى اسفلها حاشية الشبراوى
على نهاية المحتاج .

(٣) انظر من هذه الرسالة .

— السألة السابعة : تسليم المين المارة للمير في الموضع الذي حصلت فيه الاستحارة :

إذا وجب رد المين المارة الى المير وجب على المستمير ان يردها اليه حيث اخذها منه ، فلو اخذها منه في الطائف مثلا ، وجب عليه ان يردها اليه في الطائف ، الا ان يتفقا اى المير والمستمير على بلد او موضع اخر وذلك قياسا على رد المين المخصوص به .

ولا يجب على المستمير ان يردها الى غير الموضع الذي اخذها منه ولا يجوز للمير ان يلزمه بذلك فلو اخذها من المير في مكة والماله بها في المدينة لم يجب عليه ان يحولها اليه في المدينة الا اذا كانت معه فيلزم دفعها اليه لعدم المذرة .

وذلك نظرا الى ان الاطلاق انما اقتضى الرد من حيث اخذ اعادة للشيء الى مكان عليه فلا يجب ما زاد فالاصل ان ماوجب رده لزم رده الى موضعه كالمثروب والى هذا ذهب الحنابلة والاحناف (١) . والله تعالى أعلم .

(١) ابن قدامة — المثنى ج / ١٦٦/٥ ، البهوتي — كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٧٣/٤ — ابن عابد ين — قرقميين الاخبار تركلة رد المحتار ج / ٨/٤١٣/٤١٤

المبحث الثالث : اجرة رد الحين المحارة

اذا كانت الحين المحارة ، مما يقتقر ، الى جهد وموئنة ، عند الرد الى المخير ، فلا اعلم خلافا بين عامة الفقهاء ، في وجوب ذلك على المستعير فسي الجملة (١) ، وما يستدل به على هذا :

قوله عليه الصلاة والسلام : على اليد ما اخذت حتى تؤده (٢) حيث دل الحديث الشريف ، على ان اليد اذا اخذت ، من مال الخير شيئا ، وجب عليه ارده اليه ، وهذا عام ، فيما كان الاخذ فيه باذن ، او بخير اذن ، وبهذا يدخل المستعير ، تحت هذا الحكم ، فيجب عليه رده الحين المحارة الى معيرها ، ان قد

-
- (١) الهروي - شرح كنز الدقائق ج/٢/١٤١ ، الميداني - اللباب في شرح الكتاب ج/٢/٢٠٤ ، المرفياني - الهداية شرح بداية المبتدى ج/١٦/١٧٧ ، مطبوع مع تكملة شرح فتح القدير والمناية ، وحاشية سعدى ، الدرر بر الشرح المخير ج/٢/٢٠٨ مطبوع بجامع بلخة السالك شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج/٦/١٣٦ ، شرح الخروشي على مختصر سيدي خليل ج/٦/١٢٩ ، السيد البكري - فتح الحين واعانة الطالبين ج/٣/١٣٣ ، مطبوعان في كتاب واحد الاردبيلي - الانوار لاحمال الابراج ج/١/٥٢٢ ، الرطبي - غاية البيان شرح زبد ابن رسلان ج/١٥/٢١٥ ، ابي البركات - المحرر في الفقه ج/١/٣٦٠ ، ابن تيمية الاختيارات الفقهية ج/١٥٩ ، ابن قدامة - المغني ج/٥/١٣٦ .
- (٢) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص من هذه الرسالة .

أخذ مال الغير بأذنه ، فوجب عليه رده ، ويؤيد هذا قوله عليه الصلاة والسلام :
" الممارية مؤداة " (١) أى يجب ردها الى مميها .

وأذا ثبت بهذا : وجوب رد الصين الممارية ، على المستحير شرعا ، وجب عليه
حين ان - جميع ما لا يكون الرد الا به - ومن ذلك الموءنة ، او الجهد النذى
يتم به رد الصين الممارية .

ثم ان الاعارة ، برومكمة ، قلوم تجعل موءنة الرد على المستحير ، لنفراكثر
الناس ، من اعارة اموالهم ، فتشجعا لاستمرار هذا الجانب من المعروف ، ونشره
بين صفوف المجتمع ، جعلت اجرة الرد وجهده على المستحير ، دون المميير .

ولعل من الطف ، ما استدل به ، على عدم وجوب اجرة الرد ، على المميير
ما جاء فى كتاب شرح الخرشي المالكى حيث قال : " ان الاعارة ، معروف صنعه
الممير فلا يكلف اجرة معروف صنعه " (٢) وإذا ثبت بهذا ، ان اجرة رد الصين
الممارية على المستحير ، فان الفقهاء استثنوا ، من ذلك مسألتين ، تجب اجرة
رد الصين الممارية فيها على المميير دون المستحير وهما :

المسألة الاولى ، اذا كانت الممارية عارية للرمين .

المسألة الثانية ، اذا كان المميير مستأجرا .

وفىما يلى بيان ذلك :

(١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص () من هذه الرسالة .

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل ج ١٢٩/٦ .

السؤال الاولى ، اذا كانت الحارة عارية للرهن :

اذا كانت المين الحارة ، قد اخذت في محيرها للرهن ، اى ليرهنهم المستمير في دين عليه ، فاذا رهنها المستمير ثم انتهى الرهن بقضاء الدين او نحو ذلك ، فلا يكلف المستمير ولا المرتهن ، بدفع اجرة رد المين الحارة وانما يجب ذلك على المير ، والى هذا ذهب الاحناف . (١)

ويعللون لذلك ، بان المين الحارة اذا اخذت ، لترهن في دين علم المستمير كانت تلك المين في يد المرتهن مضمونة ، لحديث علقا : " ان رجلا رهن فرسا فنشق عند المرتهن ، فجا الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فاخبره بذلك ، فقال : ذهب حقه " (٢) قالوا ولا يجوز ان يواد بقله : " ذهب حقه " ذهب الحق فسى الحيس ، لانه لا يتصور حبسه بعد هلاكه ، فلا يحتاج فيه الى البيان . (٣) ، واذا ثبت ، ان المين المرهونة مضمونة على المرتهن ، فان المين الحارة للرهن تكون مضمونة على المرتهن فلو تلفت في يده لوجب عليه ضمانها ، وكونها قد اصبحت

(١) ابن نجيم - البحر الرائق شرح كثر الدقائق ج ٢/ ٢٨٣ ، حاشية الطحاوى على الدر المختار ج ٣/ ٣٨٨ ، ابن عابد بن - قرعة عيون الاخبار تكملة رد المختار ج ٨/ ٤٠١ .

(٢) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص () من هذه الرسالة .

(٣) انظر ، المراجع السابقة ، وانظر ، واماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتنقى الابرج ج ٢/ ٥٨٦ ، الزيلعي - تبين الحقائق شرح كثر الدقائق ج ٦/ ٦٣ / ٦٤ وانظر ص () من هذه الرسالة . فهناك كلام هلى ضمان المين المرهونة وعده .

مضمونة ، بعد ان كانت امانة ، امر يعود بالنفع على مالكيها ، فجعلنا حصول النفع هنا للمالك ، بمنزلة حصول الاجرة للموَجِّر حيث لزمت اجرة الرد ، لذلك (١) ولقد سبق ان بينت بادلة قوية رجحان ان المدين المرهونة ، امانة في يـد المرتهن ، عند الكلام على رهن المدين المصارفة ، في الباب الرابع من هذه الرسالة (٢) ومن هنا فالذي يظهر لي عدم استثناء المستحير للرهن ، من عموم وجوب اجرة الرد على المستحير ، والله اعلم .

موصى

المسألة الثانية ، اذا كان المصير مستأجرا وموصى له بالمنفعة :

اذا اعار المستأجر ، والموصى له بالمنفعة ، عين المال المودع او الموصى به فلا يجب على المستحير حفظ اجرة رد المدين المصارفة ، وما يتبع ذلك من جهده ، ان رد المدين الى مالكيها ، كما لو ردها المستأجر والموصى له بالمنفعة الى المالك .

اما اذا ردها المستحير ، الى المستأجر ، او الموصى له بالمنفعة ، فيجب عليه حفظ اجرة الرد ، كما في سائر الحواشي .

والى هذا التفصيل في هذه المسألة ، ذهب فقهاء الشافعية ، ولم اجد لغيرهم كلاما في ذلك . والله تعالى اعلم .

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر ، ص () من هذه الرسالة .

(٣) الانصاري - اسنى الطالب شرح روض الطالب ج / ٢ / ٣٢٩ ، الرطبي - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٢١٥ ، الشربيني - مخني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ج ٢ / ٢٦٧ .

الفصل الثالث : ضمان الصين المحارة بعد تلفها

- المبحث الاول : الاصل في المحاربة من حيث الضمان وعدمه
المبحث الثاني : ما يوجب الضمان ، او ما يوجب سقوطه
المبحث الثالث : اشتراط الضمان في عقد المحاربة او نفيه
المبحث الرابع : الواجب في ضمان المحاربة

البحث الاول : الاصل فى العارية من حيث الضمان وعدمه

اختلف الفقهاء فى العارية ، هل الاصل فيها انها امانة فى يد المستعير
فلا يضمنها الا اذا تعدى فيها او قصر فى حفظها ، ام ان الاصل فيها الضمان ، وقد
يعرض لها ما يجعلها غير مضمونة . ؟

للفقهاء فى ذلك اربعة اقوال :

القول الاول : ان العارية امانة فى يد المستعير ، وبالتالي فلا ضمان عليه اذا
تلف او تلف بمضى اجزائها ، الا اذا تعدى عليها او قصر فى حفظها .

والى هذا القول ذهب الاحناف وهو قول مرجوح عند الشافعية وذكره الحارثى
وابن تيمية من الحنابلة عن بعض اصحاب الامام احمد واختاره منهم ابن قيم الجوزية
كما اشار الى ذلك المرداوى .

وروى هذا القول ايضا عن عمر بن الخطاب وعلى بن ابي طالب وابن مسعود من
الصحابة واليه ذهب عمر بن عبد العزيز والحسن البصرى والنخعى والاوزاعى والثورى
والشمعى وابن شبرمة والشيعة الزيدية وابن حزم الظاهرى . (١)

(١) القدورى - الكتاب ومعه شرحه للباب للميدانى ج ٢ / ٢٠٢ السمرقندى تحفة
الفقهاء ج ٣ / ٢٤٤ الهروى - شرح كنز الدقائق ج ٢ / ١٤٠ النووى - روضة الطالبين
ج ٤ / ٤٣١ الرافعى - فتح الحزب شرح الوجيز ج ١١ / ٢١٨ مطبوع مع المجموع شرح
المذهب حاشية الحاج ابراهيم على الانوار للاروبلى ج ١ / ٥٢٢ المرداوى - الانصاف فى
معرفة الرائج من الخلاف ج ٦ / ١١٢ السرخى - المبسوط ج ١٢ / ١٣٤ ابن قدامة
المغنى ج ٥ / ١٦٤ المرتضى - البحر الزخار الجامع لمحمد ابي طه الا مصاد ج ٥ / ١٢٧ ابن
حزم الاندلسى - المحلى ج ٩ / ١٦٩ مسألة رقم (١٦٥٠) .

القول الثاني : ان الاصل في العارية الضمان ، سواء اتعدى فيها المستعير او لم يتعدى . فاذا تلفت او تلف بعض اجزائها ، التي لا تذهب بالاستعمال المأذون فيه ، وجب عليه الضمان حينئذ ، " لان ماضن جملة ضمانت اجزائه كالمقصوب " (١) .
الا انه قد يحرض ما يسقط الضمان ، وبيان ذلك في مسائل ، سيأتي الكلام عنها في المبحث الثاني من هذا الفصل .

والى هذا القول ، ذهب الشافعية والحنابلة في اصح الاقوال عنهم فسمى ذلك . (٢) وما استدلوا به على هذا ما يأتي :

٩ — عن صفوان بن امية : ان النبي صلى الله عليه وسلم ، استعار منه دروعا يوم حنين ، فقال : اغصبا يا محمد ، قال : بل عارية مضمونة " (٣) .

فقوله عليه الصلاة والسلام : بل عارية مضمونة ، دليل على انها في ضمان المستعير سواء اتعدى فيها اولم يتعدى ، فان وصف العارية بالضمان ، امر يوجب ملازمة هذا الوصف للمعين المارة ، كما اوجب وصف العين المرهونة ، بانها

(١) ابن قدامة — المغنى ج ٥ / ١٦٥ .

(٢) النووي — روضة الطالبين ج ٤ / ٤٣١ ، الرطى — غاية البيان شرح زيد بن رسلان ٢١٥ / الشريفي — الاقتاع في حل الفاظ ابي شجاع ج ٣ / ١٣٥ مطبوع بهامش حاشية البجيرمي ، المرداوي — الانصاف في معرفة الراجع من الغللاف ج ٦ / ١١٢ ، ابو البركات — المحرر في الفقه ج ١ / ٣٦٠ ، ابن رجب — القواعد ٥٤ قاعدة رقم (٤٢) .

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر ص () من هذه الرسالة .

مقبوضة في الآية الكريمة : "فرهان مقبوضة" (١) ملازمة هذا الوصف لها .

وطى هذا فقوله : " مضمونة " صفة موصحة ، اى عارية من شأنها الضمان فيدل
ذلك على ضمانها ما لقا . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان المراد بالضمان فى قوله عليه الصلاة
والسلام : " بل عارية مضمونة " ضمان الرد ، لا ضمان العيين بعد التلف ، " ان قد
جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك فى ضمان الرد ، لانه يبقى ببقاء الرد " (٣) .
ثم ان اخذ النبي صلى الله عليه وسلم لدروع صفوان ، انما كان بخير اذ نه

لحاجة المسلمين ، ولهذا قال : اغصبا يا محمد ، وعند الحاجة يرخص تناول مال
الخير بدون اذنه ، بشرط الضمان كحالة الصمصة . وطى هذا فيكون المراد بقولنه
" عارية مضمونة " اى عارية قد شرطنا لك ضمانها ، ولما كان صفوان بن امية حريصا
فى ذلك الوقت ، جاز هذا الشرط ، ان يجوز من الشروط بين العربى والمسلم
مالا يجوز بين المسلمين فى الجلة (٤) وقال السرخى من الاحناف : " وقيل كانت
الدروع امانة لاهل مكة عند صفوان ، فاستحارها رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) سورة البقرة ، آية رقم (٢٨٣) .

(٢) الشيرازى - المذهب ج / ١ / ٣٧٠ ، اليهودى - كشاف القناع عن متن الاقناع
ج / ٤ / ٧٠ ، الشوكانى - نيل الاوارار من احاديث سيد الاخير ج / ٦ / ٤٢ الالبانى
سلسلة الاحاديث الصحيحة ج / ٢ / ٢١٠ ، حديث رقم (٦٣١) .

(٣) السرخى - المبسوط ج / ١١ / ١٣٦ .

(٤) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ ، بشى " من التصرف

لحاجته اليها ، فكان مستميرا من المودع ، وهو ضامن اذا فعل ذلك ، وقيل : ان قول النبي صلى الله عليه وسلم : " بل عارية مضمونة " انما كان تطييبا لقلب صفوان على ما روى انه هلك بمعنى تلك الدروع ، فقال صلى الله عليه وسلم : " ان شئت غرناها لك " فقال : لا ، فاني اليوم ارجب في الاسلام مما كنت يومئذ (١) ، ولو كان الضمان واجبا لامرأة بالاستيفاء او البراء " (٢) .

ب — روى الحسن عن سمره ، عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤد به " (٣) .

حيث دل الحديث الشريف على ان من اخذ مال الخير ، وجب عليه ان يرده اليه ، والعارية مال مأخوذ من صاحبه لمنفعة الاخذ ، فيجب فيه ذلك ، بلا خلاف (٤) . واذا كان الرد واجبا وقد تعذر لطف الممين المارة ، وجب رد القيمة ، كالمقبوض بطريق الخصب ، والمأخوذ بجهة السوم . (٥)

(١) هذه الزيادة في حديث صفوان رواها احمد وابوداود ، واخراجها النسائي والحاكم واورد لها شاهدا من حديث ابن عباس يلفظه " بل عارية مؤداة " . انظر الساعاتي — الفتح الرباني ترتيب مسند الامام احمد ج / ١٥ / ١٢٩ ، الشوكاني — نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٦ / ٤١ .

(٢) السرخي — المبسوط ج / ١١ / ٣٦ .

(٣) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص () من هذه الرسالة .

(٤) انظر ص () من هذه الرسالة .

(٥) ابن قدامة — المغني ج / ٥ / ١٦٤ ، الانصاري — اسنى المطالب شرح روض

المطالب ج / ٢ / ٣٢٨ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بان الحديث انما يدل على وجوب رد المال الى صاحبه ، اما ضمان الممين المعارة بعد التلف ، فلا دلالة فيه عليه ، وقياس الممين المعارة ، على الممين المفصولة ، والمقبوضة بجهة السوم ، ربما كان قياسا مع الفارق ، لان المعارية كما سبق قبضت باذن صاحبها ، بخلاف الممين المقبوضة خصها ، ولانها عقد تبرع بالمنفعة فلا يكون عقد ضمان كالهبة ، بخلاف المقبوض بجهة السوم ، فهو مأخوذ على سبيل المبادلة فيكون عقد ضمان . (١)

ج - ان المستعير من الخاصب ، يستقر عليه الضمان ، ولو كانت المعارية امانة لما استقر كالمودع من الخاصب . (٢)

وقد اجاب الزيلعي عن هذا : " بان المستعير انما لا يرجع بضمان الاستحقاق لان الرجوع به يسبب الغرور ، وهو لم يقره احد ، لان المخير متبرع كالواهب ، وليس على المحسنين من سبيل . " (٣)

القول الثالث : ان كانت الممين المعارة ، مما لا يغاب عليه كالمقار والسبيارات ونحوهما ، فهي امانة في يد المستعير لا يضمنها الا بالتعمد او التقصير ففى حفظها .

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ .

(٢) ابن قدامة - المنى ج / ٥ / ١٦٤ ، الانصاري - اسنى المطالب شرح روض

المطالب ج / ٢ / ٣٢٨ .

(٣) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٥ .

اما اذا كانت العين المصاراة ما يغاب عليه (١) ، كالحلى والثياب ونحوهما
فهى مشمونة على المستعير ، الا اذا ثبت ان هلاكها بدون تعد منه او تقصير. لهذا
اذا تلفت العين المصاراة جميعها ، اما اذا تلفت بعض اجزاها ، فيحلف المستعير
ان ما حدث فى المصاراة لم يكن بناء على تعد منه او تقصير ، وبيرأ بذلك من الضمان
سواء كانت العين المصاراة ما يغاب عليه او ما لا يغاب عليه ، فان نكل المستعير عن
اليمين ، الزم حينئذ بالضمان ، ولا ترد اليمين ، لانها يمين تهمة .

والى هذا القول ذهب المالكية ، وهو احد القولين المرويين عن الامام مالك
وهو المشهور عنه ، وعن ابن القاسم واكثر اصحابه ، كما قال ذلك بن رشد . (٢)
اذن أما رواها وذلك نظرا الى ان المستعير متهم فى الموارى التى يمكن اخفائها ، فالضمان
فيها عندهم ضمان تهمة ، ينتفى باقامة الهيئة على ان الهلاك كان بدون تعد منه
او اهمال .

(١) يقصد المالكية : " بما لا يغاب عليه " : الاعيان التى لا يمكن اخفائها ، كالعقار
ونحوه ، وكذلك الاعيان التى يصعب اخفائها كالدواب والسيارات ونحو ذلك
ويقصدون " بما يغاب عليه " : الاعيان التى يمكن اخفائها ، كالحلى ونحوها .

انظر : ابن عبد البر - كتاب الكافى فى فقه أهل المدينة المالكية ج ٢ / ٨٠٨ .
(٢) المرجع السابق ، وانظر : ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد
ج ٢ / ٣١٣ ، الدروير - الشرح الكبير ج ٣ / ٣٩١ ، شرح الخرشى على مختصر
سيدى خليل ج ٦ / ١٢٤ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال بما ناقشه به ابن حزم الاندلسي حيث قال " لانعلم للمالكية سلفا في قولهم بتضمين المستعير ما يغاب عليه ، الا عثمان البستي ولا نعلم لهم حجة اصلا الا انهم قالوا : نتهم المستعير فيما غاب ، فقلنا : ليس بالتهمة تستحل اموال الناس ، لانها ظن والله تعالى ، قد انكر اتباع الظن ، فقال تعالى : " ان يطيعوا الا الظن ، وان الظن لا يغنى من الحق شيئا " (١) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اياكم والظن ، فان الظن اكذب الحديث " (٢) ويلزمكم ، اذا اعطتم الظن ، ان تضمنوا المتهم ، ولا تضمنوا من لا يتهم كما يقول شريح ، ويلزمكم ان تضمنوا الوديعة ايضا بهذه المتهمة (٣) .

القول الرابع : ان عارية ما لا يغاب عليه ، امانة لا تضمن الا بالتمدى او التقصير اما عارية ما يغاب عليه ، فمضمونه مطلقا ، سواء أثبت المستعير عدم تحديه على العارية ام لم يثبت ذلك .

والى هذا القول ذهب الامام مالك في احد القولين المرويين عنه . (٤) ودليل المالكية على هذا القول ، الجمع والتوثيق بين حديثين :

(١) سورة النجم ، آية رقم (٢٨) .

(٢) هذا الحديث اخرجه الامام مسلم في كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش ونحوهما .

انظر : صحيح الامام مسلم ج ٨ / ١٠ .

(٣) ابن حزم — المحلى ج ٩ / ١٦٩ مسألة رقم (١٦٥٠) .

(٤) ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٣ ، ابن عبد البر كتاب الكافي في فقه اهل المدينة المالكي ج ٢ / ٨٠٨ .

أحدهما : انه عليه الصلاة والسلام ، قال لصفوان بن امية : " بل عارية — مضمونة " (١) فقله : " مضمونة " صفة موضحة للعارية ، فيكون المراد ، عارية — شأنها الضمان ، وهذا يدل على ضمان العارية مطلقا .

والحديث الثاني : قوله عليه الصلاة والسلام : " ليس على المستعير غير المثل ضمان ، ولا على المستودع غير المثل ضمان " (٢) .

فدل الحديث الشريف ، على ان كل واحد من المستعير والمستودع لا ضمان عليه مالم يفل ، والمفل هو الخائن ، ومن الخيانة بلاشك ، تعدى الانسان على ما وثمن عليه ، او تغريظه في حفظه .

وعلى هذا ، فالحديث دليل ، على ان العارية امانة في يد المستعير ، لا تضمن الا بالتعدى عليها ، او اهمالها .

-
- (١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص () من هذه الرسالة .
(٢) هذا الحديث أخرجه الدارقطني ، والبيهقي ، في سنتهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيده ابن حسان ، عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ، قال الدارقطني : عمرو وعبيده ، ضعيفان ، وانما يروى هذا ، من قول شريح غدير مرفوع ، ثم أخرجه من قول شريح ، ولم يروه عبد الرزاق في مصنفه الا من قول شريح وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء : عبيده يروى الموضوعات عن الثقات . اهـ
انظر : الزيلعي — نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٤ / ١١٥ ، الشوكاني نيل الاوطار ج ٦ / ٣٧ .

ومن هنا ، فالحد يثن متعارضان في ^{الظاهر} ~~الظاهر~~ ، وللمجمع بينهما ، حمل المالكية الحديث الاول ، على الموارى التى يمكن اخفاؤها كالحلى ونحوها .

وحملوا الحديث الثانى ، على الموارى التى لا يمكن اخفاؤها كالمقار ، والسق يصعب اخفاؤها ، كالسيارات والدواب ونحوها .

ويمكن ان يناقش الاستدلال بحد يثن صقولين ، على ضمان الموارى التى يمكن اخفاؤها بما نوقش به الاستدلال بهذا الحديث على ضمانها مطلقا كما فى القول الثانى .

والذى يظهر لى بعد هذا المرض لاراء الفقهاء فى هذه المسألة ، ان المارية امانة فى يد المستمير لا يضمنها اذا تلفت ما لم يتمد^د عليها ، او يقصر فى حفظها بلا فرق فى ذلك ، بين المارية التى يمكن اخفاؤها ، كالحلى ونحوها ، والتى لا يمكن اخفاؤها كالمقار ونحوه ، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء كما سبق بيان ذلك فى القول الاول .

وذلك نظرا الى ان السبب الموجب للضمان ، هو التعدى ، فما لم يوجد من المستمير هذا السبب فلا ضمان عليه ، كما كان الامر كذلك فى الوديعة والاجارة .

لان الضمان لا يجب على الانسان بدون فعله ، والفعل الموجود من المستمير ظاهرا : العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب ضمان .

اما العقد ، ^{فلا ريب} ~~فلا ريب~~ ، قالا ^{لانه} ~~لانه~~ عقد تبرع ، تطيكا او اباحة ، على اختلاف الاصليين ، فلا يكون عقد ضمان كالبهية (١) * والدليل عليه ان ما تناوله ، وهو المنفعة ، لا يصير مضمونا بهذا

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٨ / ٣٩٠٥ ، بشى * من التصرف ، وانظر : السرخى - المسود ج ١١ / ١٣٥ .

المقد ، فما لم يتناوله المقد اولى .

ولان المقد على المنفعة اذا كان بموض كالأجارة ، لا يوجب ضمان الممين مع ان تأثير الموض فى تقد بر حكم ضمان المقد ، وعلى هذا فالتمترى عن الموض اولى بذلك " (١) .

" اما القبض فلا يصلح سببا لوجوب الضمان فى عقد الحارية لان المستعير قبض الممين الحمار بأذن صاحبه ، لا على وجه الاستيفاء ، ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالأجارة والوديعة وهذا لان ضمان المدوان ، لا يجب الا على الممتدى ومع الاذن بالقبض ، لا يوصف بالتمدى ، فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التمدى ، وبهذا انتفى اعتبار القبض سببا لوجوب الضمان فى عقد الحارية وخلاصة القول : ان وجوب الضمان شرعا ، اما بمقد يوجب ذلك او بشبهته بأن كان فاسدا ، او بالتمدى ، وعقد الحارية عقد تبرع ، وهذا يعنى ، ان المقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد هو ولا شبهته ، والتمدى لا يتصور مع الاذن ، الا ترى ان القبض فى كونه موجبا للضمان ، لا يكون فوق الاتلاف ، ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان ، فالقبض اولى " . (٢)

(١) السرخى - المبسوط ج ١١/ ١٣٥ ، بشي من التصرف .

(٢) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/ ٨٥ ، بشي من التصرف . وانظر : الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٨/ ٣٩٠٥ ، السرخى - المبسوط ج ١١/ ١٣٥ .

وانذا ثبت بهذا ان عقد المارية ، وقبض المين المارة ، لا يصلحان سببا
لوجوب الضمان فالسبب ان ، هو التمدى على المين المارة ، فما لم يوجب من
المستحير فلا ضمان عليه والله اعلم .

المبحث الثاني : في ما يوجب الضمان او ما يوجب سقوطه

المطلب الاول : في ما يوجب ضمان الممين الممارسة :

ترجع الامور التي توجب ضمان الممين الممارسة ، عند الفقهاء الى اربعة امور :
الامر الاول : تلف الممين الممارسة ، بتمدى المستعير عليها ، او تقصيره في حفظها
ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في هذا الامر سواء منهم ^{القائلون} القائلين بان الاصل في الممارسة الضمان ، او ^{القائلون} القائلين بانها امانة .

ولقد سبق سرد بعض الأدلة الدالة على ذلك ، عند الكلام على مشروعية الضمان في المبحث الثاني من الفصل الاول من هذا الباب ، فلا داعي لاعادة ذلك . (١)

الامر الثاني : تلف الممين الممارسة ، بعد تمدى المستعير او اهماله لها ، وان لم يقع التلف ، بذلك التمدى ، في الجملة

والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، من الاحناف ، والشافعية والحنابلة ، وذلك نظرا الى ان سبب الضمان : التمدى ، فاذا تمدى المستعير على الممين الممارسة فقد وجد بذلك سبب الضمان ، فيضمنها اذا تلفت ولو لم يكن التلف بالتمدى لان الممين الممارسة اصبحت مضمونة بتمدىه .

والواقع ، ان للفقهاء في هذه المسألة تفصيلا سبق بيانه عند الكلام على ما ينشأ عن مجاوزة المستعير لتقييد المعير من احكام في الباب الرابع من هذه الرسالة ، وانما

(١) انظر : ص () من هذه الرسالة .

اقتصر هنا على الإشارة الى ذلك باختصار تحاشياً للاطالة.

الامر الثالث : تلف العين المعارة بأقفة سماوية ، او ضياعها بدون تعد او تقصير :
اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الامر موجبا للضمان ، ولهم في ذلك اربعة اقوال:
القول الاول : ان تلف العين المعارة بأقفة سماوية ، او ضياعها بدون تعد
او تقصير ، امر لا يوجب الضمان ، والى هذا ذهب جمهور الفقهاء .

القول الثاني : ان هذا الامر يوجب ضمان العين المعارة ، والى هذا القول
ذهب الشافعية والحنابلة على الاصح عندهم .

القول الثالث : ان هذا الامر يوجب ضمان العين المعارة اذا كانت مما يفسد
عليه اما اذا كانت مما لا يفسد عليه فلا يوجب ضمانها ، والى هذا القول ذهب الامام
مالك في احدى الروايتين عنه .

القول الرابع : ان هذا الامر يوجب ضمان العين المعارة اذا كانت مما يفسد
عليه ، الا اذا اثبت المستعير ، ان تلف المعارة او ضياعها كان بدون تعد او تقصير
منه ، او ان يظن ان كان التلف في بعض اجزاء العين المعارة ، بان ما تلف منها
لم يكن بسببه ، ويبرأ بذلك من الضمان ، سواء اكانت المعارة مما يفسد عليه او مما
لا يفسد .

والخلاف هنا بين الفقهاء ، راجع الى خلافهم في المعارة ، هل الاصل فيها
الضمان ام ان الاصل عدمه . ؟

وهل المستعير متهم على العين المعارة ام لا . ؟

(١) انظر : ص () من هذه الرسالة .

فمن قال من الفقهاء : ان الاصل في العارية الضمان ، اوجب الضمان بتلفها او ضياعها سواء كان ذلك بتعد من المستعير او لا ، يخفى النادر عما يستثنى من ذلك عنهم . (١)

ومن قال : بان الاصل في العارية ، عدم الضمان ، اى انها امانة فى يـد المستعير قال : بعدم اعتبار التلف بأقـفة سماوية او الضياع بدون تعد او تقصير موجبا بالضمان . (٢)

ومن قال : بان المستعير متهم على المدين العارية ، فرق بين ، عارية ما يغاب عليه وعارية ما لا يغاب عليه ، فى اعتبار هذا الامر موجبا للضمان كما سبق بيان ذلك . (٣)

الامر الرابع : اذا تلفت المدين العارية فى يد المستعير ثم ظهر انها مستحقة لخير معينها ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء فى وجوب الضمان حينئذ ، كما لا اعلم خلافا بينهم فى ان للمستحق الخيار فى تضمين المعير او المستعير ، ايها شاء . اما المعير ، فلانه قاصب للمدين ، فوجب عليه ضمانها واما المستعير ، فقد ظهر ان المدين فى يده ليست عارية ، لان العارية : تطليـك المنفعة ، والتطليـك

-
- (١) انظر : ص () من هذه الرسالة .
 (٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .
 (٣) انظر : ص () من هذه الرسالة .

د
انما يكون من المالك ، وهذا غضب لانه تصرف في مال الغير بدون اذنه . (١)
المطلب الثاني : ما يوجب سقوط الضمان عند الشافعية والحنابلة :

علينا ان الاصل في الحارة ، الضمان على الاصح عند الشافعية والحنابلة
سواء اتحدى المستحير عليها ، او لم يتعد ، كما اذا تلفت بأفة سماوية . (٢)
ولقد استثنوا من هذا الاصل ، مسائل يسقط فيها الضمان عن المستحير عند
تلف الحارة ، بدون تعدد ، وسأحاول بيان تلك المسائل فيما يلي :

المسألة الاولى :

ع
اذا تلفت الممين المحارة او تلفت بعض اجزائها بالاستعمال المعتاد المأذون
فيه ، فلا ضمان على المستحير ، فيقتد ، عند الشافعية والحنابلة على الاصح . (٣)
عند الحنابلة وهو الأصح عند الشافعية

- (١) ابن عابدين - حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٨ / ٣٨٩ ،
حاشية الدسوقي - على الشرح الكبير ج ٣ / ١١١ ، النووي - روضة الطالبين ج /
٤٣٢ / ٤٣٣ ، البيهقي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ١٠٠ / ١٠٢ .
- (٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .
- (٣) السيد البكري - اعانة الطالبين في حل الفاظ فتح الممين ج ٣ / ٣٢٢ ،
حاشية البيهقي على الاقناع ج ٣ / ١٣٥ / ١٣٦ ، المرادوي - الانصاف في معرفة
الراجح من الكلام ج ٦ / ١١٣ / ١١٤ ، البيهقي - كشف القناع عن متن الاقناع
ج ٤ / ٧٢ / ٧١ .

وانما وافقوا الاحناف ومن معهم فى ذلك ، مع ان الاصل فى المارية عندهم الضمان ، نظرا الى ان التلف هنا حصل بسبب مأذون فيه ، وهو الانتفاع باليمين المماراة ، فى حدود ما اذن فيه المميز ، فأشبهه مالوان له فى اتلافها صراحة . (١) وفى قول مرجوح عند الشافعية والحنابلة ، ان تلف اليمين المماراة ، او تلف بعض اجزائها بالاستعمال المأذون فيه ، يوجب الضمان ايضا على المستعير . وذلك نظرا الى ان مقتضى عقد المارية رد اليمين المماراة على صاحبها ، وقد تحذر ردها عند تلفها ، فيضمن فى آخر حالات التقويم ، وكذا اذا فات بعضها فقد تحذر ردها جميعها فيضمن من ما فات منها . (٢)

وفى قول مرجوح عند الشافعية ايضا : ان تلف المارية بالاستعمال المأذون يوجب الضمان على المستعير بغلاف تلف بعض اجزائها به ، حيث لا يعتبر ذلك من ضمانه ، وذلك نظرا الى ان مقتضى الاعارة الرد ، وقد يبقى من اليمين المماراة

-
- (١) الانصارى - تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوى عليها ج ١/ ٩٤ ، الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢/ ٣٢٨ ، البهوتى - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤/ ٧١ ، ابن قدامة - المغنى ج ٥/ ١٦٥ .
- (٢) المراجع السابقة ، وانظر : الرطى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥/ ١٢٦ ، للمصلى - شرح منهاج الطالبين ومعه حاشيتى القليوبي وعميرة ج ٣/ ٢٠ ، الررداوى - الانصاف ج ٦/ ١١٣/ ١١٤ .

عند تلف بعض اجزاها بالاستعمال المأذون ما يحقق هذا المقضى ، بخلاف ماذا تلف كلها . (١)

السؤال الثانية :

اذا كان المستجير ، قد استعار من مستأجر ، فلا تعتبر العارية حنث من ضمانه الا اذا تعدى فيها ، وذلك نظرا الى ان يد المستجير ناعية عن يد غير ضامنة ، وهى يد المستأجر ، والانتفاع مستحق على المالك فأشبهه انتفاع المستأجر (٢) هذا اذا كان المستجير قد استعار من مستأجر فى اجارة صحيحة ، اما اذا كانت الاجارة فاسدة ، فان العارية مضمونة على المستجير من المستأجر حنث عند الشافعية ، سواء اتحدى فيها او لم يتعد حنث وذلك نظرا الى ان الميرضامن فيضمن المستجير ايضا كما جزم به البخوى من الشافعية ، قال لانه فعل ماليسرله . فان قيل ، فاسد كل عقد كصحيحة فى كل ما يقتضية ، فكان ينبغي عدم الضمان اجيب بان الاجارة الفاسدة ، ليست كحكم الصحيحة فى كل ما تقتضية بل فى سقوط الضمان بما تناوله الاذن ، لا بما اقتضاه حكمها . (٣)

وفى قول مرجوح عند الحنابلة والشافعية ، ان العارية هنا مضمونة مالمقا ، سواء اكانت الاعارة من مستأجر اجارة صحيحة ام فاسدة .

(١) المراجع السابقة .

(٢) الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١/ ٢١٩ ، الرطلى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥/ ١٢٦ ، المرادوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج ٦/ ٥٠ ، ابن رجب القواعد ٢١٧ .

(٣) الانصارى - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢/ ٣٢٩ بشى من التصرف .

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك ، تغليباً للاصل في الحارية ، والاصل فيها
عندهم الضمان ، كما سبق بيان ذلك . (٦)

المسألة الثالثة :

اذا طلب المستحير الحارية ليرهنها في دين عليه ، فهي غير مضمونة عند
الشافعية ، ان تلفت عند المرتهن .

اما ان تلفت في يد المستحير ، قبل ان يقبضها المرتهن ، او بعد ان ردها
على المستحير ، فهي من ضمان المستحير خئتد ، لان هذا التصرف عارية
ابتداءً ، والحارية مضمونة فيضمن المستحير مادامت الحارية في يده ، اما اذا
قبضها المرتهن ، فقد تحول من الحارية الى الرهن ، فاذا تلفت في يد المرتهن
بدون تعد منه ، فلا تكون من ضمانه ، لان الممين المرهونة امانة في يد المرتهن
والامانة لا تضمن الا بالتعدي ، ولا ضمان على الراهن ايضاً ، لانه وان كان مستحيراً
والاصل انه ضامن بكل حال ، الا ان الممين المعارة ، لما لم تكن تحت يده
فلا ضمان عليه ايضاً .

ولان هذا التصرف لا يعتبر عارية ، حال وجود الممين المعارة عند المرتهن
وانما هو ضمان من المصير لدين غي رقة المصار المرهون ، والحق الذي رهننت

(١) الرافعي - فتح الميز شرح الوجيز ج / ١١ / ٢١٩ ، الرطلي - نهاية
المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٦ ، المرداوي - الانصاف في معرفة الراجع
من الخلاف ج / ٦ / ٥٠ ، ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ٢١٧ ، القاعدة
رقم : (٩٤) .

المين المارة فيه ، متعلق بذمة المستحير للرهن فلا يسقط بتلفها ، فلو الزمناه بالضمان لكان في ذلك اجحاف به . (١)

واما عند الحنابلة ، فالمين المارة للرهن مضمونة على الراهن ، لانه مستحير وهو ضامن ، وامانة عند المرتهن ، فلا يضمن الا اذا تعدى ، لان يده يد امانة لا يد ضمان .

وظاهر قولهم هذا ، ان المين المارة للرهن اذا تلفت في يد المستحير يتمد او غيره ، او تلفت في يد المرتهن بدون تعد او تفريط ، فالمارة حينئذ مضمونة على المستحير لان الاصل في المارة ، عندهم الضمان . (٢)

المسألة الرابعة :

اذا كانت المين المارة كتابا موقوفا على المسلمين ، او دوعا موقوفة على غيرهم ، ونحو ذلك فالمارة حينئذ غير مضمونة على المستحير ، ما لم يتعد او يقصر في حفظها .

وعلى لذلك في تحفة المحتاج ، بأن المستحير من جملة الموقوف عليهم . (٣)

(٢) الاتصاري - تحفة الطلاب في حاشية الشراوى عليها ج / ٩٢ / ٩٣ ، الرولى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٤ / ٢٤١ .

(٢) ابن رجب - القواعد فى الفقه الاسلامى / ٤٨ ، القاعدة رقم (٣٧) ، البهوتى كشف القناع عن متن الاقتاع ج / ٣ / ٣٢٣ / ٣٢٤ .

(٣) الرولى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج / ٥ / ١٢٥ ، البهوتى - تحفة المحتاج مع حاشيتى الشراوى والعبادى ج / ٥ / ٤٢٣ ، ابن عبد الوهاب - حاشية المنتقى ج / ٢ / ٢٢٩ .

وتردد البهوتى من الحنابلة فى التعليل لذلك فقال : " ولحل وجه عدم ضمانها لكون قبضها ليس على وجه يختص المستعير بنفعه ، لكون تعلم الماسم وتحليمه ، والغزو ، من المصالح العامة ، او لكون الطك فيه ليس لمعين ، او لكونه من جملة المستحقين له ، اشبه ما لو سقطت قنطرة موقوفة بسبب مشية عليها . وفى التعليل الاول نظر ، اذا عليه لافرق بين الطك والوقف ومقتضى التعليلين الاخرين ان ذلك لو كان وقفا على معين وتلف . ضمنه المستعير ، وهو ظاهر ، ولم اراه (١)

المسألة الخامسة :

اذا كانت العين المعارة موقوفة على معينها ، ولم يشترط الوقف عليه الانتفاع بنفسه او كانت العين المعارة ما اوصى للمعير بمنفعته ، بنحو صداق ، او صلح او سلم فلا يضمن المستعير منه حينئذ فى الاصح عند الشافعية ، لان يده نائبة عن يد غير ضامنة . (٢)

المسألة السادسة :

حيث

اذا كانت العين المعارة جلدا ضحيته مندورة ، فلا ضمان على المستعير حينئذ كما ذكر ذلك البلقيني من الشافعية ، وذلك لابتناء يد المستعير على يد غير مالك

-
- (١) البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتاع ج ٤ / ٧١ .
 (٢) البهوتى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٥ / ٤٢٢ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ / ٤٥٩ .

بخلاف الاضحية نفسها فانها مضمونة على كل من الممير والمستمير ، كما ذكر
ذلك الشرواني وغيره من الشافعية ، ثم قال : " ولعل الفرق ، ان الاضحية
لما كان المقصود منها ، ذبحها وتفرقة لحمها اشبهت الوديعة فضمنت على الممير
والمستمير ، بخلاف الجلد ، فان المقصود منه مجرد الانتفاع ، فاشبه المباحات
فلم يكن مضمونا على واحد منهما " (١) .

المسألة السابعة :

من وجد انسانا مقطعا ، فاركبه على رابته ، كان هذا التصرف عارية
والراكب مستمير ، لاضمان عليه الا اذا تعدى ، عند الحنابلة ، لان المالك هو
الطالب لركوبه تقربا الى الله . (٢)

اما الشافعية فذهبوا الى ان المستمير هنا ضامن ، لان الداية تحت يد
الراكب ، ولان الاصل في العارية الضمان ، حتى يفتت مسقطه . (٣)

المسألة الثامنة :

اذا غطى المضيف ضيفه بلحاف ، او القى عليه وسادة ليستند اليها ، اعتبر
هذا التصرف ، عارية غير مضمونة ، عند الحنابلة .

(١) الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، مع حاشيتي الشرواني والهيادي
ج ٥ / ٤٢٣ ، الرطبي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج مع حاشية الشبرايطسي
ج ٥ / ١٢٥ .

(٢) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتاع ج ٤ / ٧١ .

(٣) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٢٩ / ٣٣٠ .

وعلاوة ، لهذا ، بان المستعير في هذه المسألة لم يطلب الاعارة من المصير

فناسب ان لا يجب عليه الضمان حينئذ . (١)

واما الشافعية ، فلهم في هذه المسألة وجهان :

أحدهما : ان هذا التصرف باحة . ولا تضمن المدين المباحة منفعتها الا بتمتعها
وقيل ان هذا هو الوجه .

الثاني : ان هذا التصرف ، عارية ، والاصل في العارية الضمان ، فتكون

مضمونة على المستعير . (٢)

المسألة التاسعة :

اذا اردف مالك الدابة انسانا خلفه على الدابة ، كان هذا التصرف عارية
غير مضمونة ، فلو تلفت الدابة دون تمدى الرديف ، فلا ضمان عليه ، لان الدابة
بيد مالكها . (٣)

اما عند الشافعية فعلى الرديف نصف ضمانها .

لان هذا التصرف عارية ، والاصل فيها الضمان ، فيجب عليه ذلك في نصيبه
كسائر العواري . (٤)

(١) البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٧١/٤ .

(٢) البهيسي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتي الشرواني والمبداي ج ٤١٩/٥١٨ .

(٣) البهوتي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٧١/٤ .

(٤) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣٢٩/٢ ، البهيسي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتي الشرواني والمبداي ج ٤٢١/٥ .

السؤال الفاشرة :

إذا تلفت العين المعارة بدون تعدد من المستعير وإنما بمرور الزمن عليه —
وتقادمه ، فالمعارة حنفية غير مضمونة على المستعير ، عند الحنابلة .
ويعملون لذلك ، بأن التلف بمرور الزمان في حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف
بالامساك المأذون فيه ، فاشبه تلفه بالفعل المأذون فيه . (١)

السؤال الحادية عشر :

إذا أعار المحرم صيداً ، قُتل في يد المستعير ، فلا ضمان عليه ، عند
الشافعية ، على الأصح . وظل لذلك البيهقي من الشافعية ، بأن المحرم ملزم
بارسال الصيد وعليه الجواز لله تعالى ، لأنه متعدد بالاستعارة . (٢)

السؤال الثانية عشر :

إذا أعطى الإمام شيئاً من مال بيت المال على سبيل المعارة كان ذلك عارية
صحيحة غير مضمونة على المستعير إلا إذا تعدى عليها أو قصر في حفظها ، والى
هذا ذهب الاسنلوى من الشافعية ، لأن المستعير من جملة المستحقين .

(١) ابن قدامة — المغنى ج ١ / ١٦٥/٥ ، البيهقي — كشف القناع عن مقب
الاعتاق ج ٢ / ٧٢/٤ .

(٢) حاشية البيهقي على الاعتاق ، وهو مطبوع بها مش هذه الحاشية
ج ١٣٦/٢٤ ، الرطبي — نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج ١ / ١٢٥/٥
الشرييني — منى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ج ٢ / ٢٦٧/٢ .

و أما صحة الاعارة ، فلأن الامام يجوز له ان يملك من بيت المال ، فإذا جاز له ذلك فالاعارة أولى . (١)

والراجع عند الشافعية ان هذا التصرف لا يحتر عارية ، قالوا لان اعطاء منفعة مال بيت المال " ان كان لمن له حق في بيت المال ، فهو ايجال حسيق . لمستحقة ، فلا يسمى عارية ، وللمن لا حق له فيه ^{أيجز} ، لان الامام فيه كالسولي في مال موليه ، وهو لا يجوز له اعارة شيء منه مطلقا ، ومن ثم كان الصواب عند الشافعية ، عدم صحة بيع الامام لقن بيت المال ، من نفسه لانه عقد عتاقة ، وهو ليس من أهل الحق ولو يعوزر ، كالكتابة ، لانه بيع لبحر مال بيت المال ببعض آخر لمصلحة اكسابة ، لولا البيع ، ولانه ^{يحتج عليه تسليم ما باعه قبل قبضه منه وهذا} مثله ، لان القن قبل الحق لا ملك له وبعبء قد يحصل وقد لا . فالمصلحة منتفية في ذلك لبيت المال رأسا ولا يلزم من تشبيه الامام بالسولي ، اعطاؤه احكامه من سائر الجوانب ، وقياس ذلك على اعتاق الصبد من نفسه ممنوع " (٢)

المسألة الثالثة عشر : اذا وضع رجل متاعه على دابة رجل ، ولم يأمره بتسييرها فسار بها ، كان هذا التصرف عارية غير مشمونه ، فاذا تلفت الدابة ، فلا ضمان على المستعير عند الشافعية ، ما لم يعتمد ^{لا} . قالوا : لان الحين المعارة تحت يد مالكها .

(١) الرطبي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١١٨ / ١٢٥ ، الهيثمي

- تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتي الشرواني والعبادي ج ٥ / ١١٢

(٢) الرطبي - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١١٨ بشيء من التصرف

غير واضح

حينئذ

اما اذا امره المستمير بتسيير الدابة ، فهى حينئذ مضمونة عليه ، كسائر الموارد . و للمستمير تضمين الممير المتاع ، اذا تلف ، لان المالك الدابة طرحه عنها ، (١) وان حمل مالك الدابة المتاع ، فان كان يسؤال صاحبه فمالك الدابة ممير ، وان كان يسؤال المالك ، فهو وديع ، فلا تدخل الدابة فى ضمان صاحب المتاع .

" قال السبكي : ولك ان تقول لم يحمل ذلك ، مع سؤال صاحب المتاع عارية ومع سؤال صاحب الدابة وليعة ، مع ان كلا منهما يصح بالايجاب والاستيجاب ولم يجد ما يميز احدهما عن الآخر ، الا ان يقال : الغرض فى الانتفاع نسي تلك لصاحب المتاع فجعلت عارية ، وفى هذه لم يتحقق ذلك فحمل على الوديعة وتفرق هذه مسألة مالواركها منقطعا ، بان الدابة ثم تحت يد الراكب بخلافها هنا " . (٢)

وبهذا نأتى الى ختام المسائل التى استثناناها الشافعية ، والحنابلة من كون الحارية مضمونة عندهم ، وان لم يتحد ~~ل~~ عليها المستمير . ولعل الراجع ، ان الحارية امانة مطلقا ، فلا تضمن الا بالتمدى او التقصير فى حفظها كما هو مذهب الاحناف ومن معهم من الفقهاء كما سبق بيان ذلك . (٣) واذا ثبت بما سبق ان الحارية امانة ، فلا داعى لاستثناء هذه المسائل . والله تعالى اعلم بالصواب .

(١) الانصارى - اسنى الطالب شرح روش الطالب ج ٢ / ٣٢٩ .

(٢) المرجع السابق ، ج ٢ / ٣٢٩ - ٣٣٠ بشىء من التصرف .

(٣) انظر ص () من هذه الرسالة .

المبحث الثالث : اشتراط الضمان في عقد الحارية او نفيه

المطلب الاول : اشتراط الضمان في عقد الحارية :

علمنا ، ان الفقهاء في الحارية من حيث الضمان وعدمه ، فريقان :

فريق يرى : انها امانة ، فلا تضمن الا بالتعدي عليها والتقصير في حفظها .

وفريق يرى : انها مضمونة في الجملة سواء اتعدى عليها المستعير او لم يتمدد ^{نقد} ~~نقد~~ الا في بعض مسائل سبق بيانها .

واذا ثبت هذا ، فان الفقهاء القائلين ، بان الحارية مضمونة ، بغض النظر

عما استثنوا من ذلك ، لا يفرقون في ضمانها بين ان يشترط المصير الضمان صراحة

اولا يشترط ذلك ، لانها مضمونة عندهم بلا شرط . (١)

وعلى هذا ، فسواء اشترط المصير الضمان على المستعير صراحة او لم يشترط

ذلك ، فهي من ضمان المستعير ، سواء اتعدى فيها او لم يتعدى .

اما ما استثنوه من كون الحارية مضمونة ، كقولهم بعدم ضمان ما تلف بالاستعمال

المأذون فيه ونحو ذلك مما سبق بيانه قبل قليل ، [فهل يجوز اشتراط الضمان فيه

عندهم اولا ، الواقع انني لم اجد فيما اطلعت عليه من كتبهم كلاما في

ذلك .

(١) انظر : ص () من هذه الرسالة .

ولعلمهم يعتبرون الشرط هنا باطلا لمخالفته لمقتضى العقد ، كما اعتبروا اشتراط نفى الضمان مطلقا ، شرطا باطلا لا اثر له ، لمخالفته ذلك على الاصح عند هم . (١)

واما الفقهاء القائلون ، بان الحارية امانة لاتضمن الا بالتعدي ، فاختلفوا فيما اذا اشترط المغير الضمان ، فقال : اعرتك هذه الدابة على ان تضمنها عند تلفها ، هل يعتبر هذا الشرط صحيحا لازما ، فيضمنها المستمير ، ام يعتبر شرطا باطلا .

ولهم في ذلك اربعة اقوال هي كما يلي :

التول الاول : اذا اشترط المغير على المستمير ضمان الحارية ، فالعقد صحيح والشرط لازم ، وبالتالي يجب على المستمير ضمان الحارية سواء اتمدى فيها او لم يعتمد ~~على~~ الى هذا القول ، ذهب المترة من آل البيت ، والهادي ، وداود وقتادة وعثمان البتي والمزني ، والصنعاني ، وهو قول عند الاحناف ، وعند المالكية

(١) الانصاري - اسنى المطالب شرح روض الطالب مع حاشية الرطلى الكبير بهامشه ج ٣٢٨/٢ ، الرطلى - نهاية المحتاج بشرح المنهاج ج ١٢٥/٥ حاشية الشرتاوى على تحفة الطلاب ج ٩٢/٢ .
المبهورى - كشاف القناع عن متن الإقناع ج ٧١/٢٠/٤ ، ابن عبيد الوهاب - مختصر الانصاف والشرح الكبير / ٣٨٩ .

فى عارية مالا يقاب عليه . (١)

القول الثانى : اذا شرط المعير على المستعير ضمان الحين المعارة ، فالمقصد صحيح ، والشرط باطل ، وبالتالي فلا ضمان على المستعير مالم يتحد .

والى هذا القول ، ذهب الاحناف فى احدى الزوليتين عنهم ، وهو القول المعتمد عند المالكية فى عارية مالا يقاب عليه ، اما عارية ما يقاب عليه ، فهى مضمونة عندهم فى الجملة فلا فائدة من اشراط ذلك ، والى هذا القول ذهب ابن حزم الظاهرى ايضا . (٢)

وصا استدل به لهم حديث عبد الله بن عمر ، ان رسول الله صلى الله عليه

(١) الشوكانى - نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج / ٣٨ / ٣٧ ،
الصنمانى - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٦٧ / ٣ ، المرتضى - البحر الزخار
الجامع لمذاهب علماء الامصار ج / ١٢٦ / ٥ ، الزيلجى - تبين الحقائق شرح
كنز الدقائق ج / ٨٥ / ٥ ، ابن عابدين - قرعة عيون الاخير تكملة رد المحتار ج / ٨ /
٣٨٩ / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج / ٣٩١ / ٣ ، ابن عبد البر -
كتاب الكافى فى فقه اهل المدينة المالكى ج / ٨٠٨ / ٢ .

(٢) ابن نجيم - الاشباه والنظائر / ٩٩ ، ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز
الدقائق ج / ٢٨١ / ٧ ، داماد افندى - مجمع الانهر شرح طبقى الابحر ج / ٢ /
٣٤٧ ، الدردير - الشرح الصغير ، ومعه حاشية الصاوى ج / ٢٠٦ / ٢ ،
شرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل ج / ١٣١ / ٦ ، ابن حزم - المحلى ج / ٩ /
١٧٠ / ١٦٨ مسألة رقم (١٦٥٠) .

وسلم قال : " ليس على المستعير غير المخل ، ولا المستودع غير المقل ضمان " . (١)
 فنفي في الحديث الشريف ، الضمان عن المستعير ، ومن في حكمه ، ماعدا
 المخل ، وهو الخائن ، ومن هنا كان اعتبار شرط الضمان ، مع ماورد في هذا
 الحديث ، من ان الحاربه لا تضمن الا بالتمدد ، مخالفه لمقتضى المقد ، فلا
 يعتبر ^{حيث} حنثا . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا ، بان الاستدلال بهذا الحديث لا تقوم به حجة ، لان
 الحديث اخرجه الدارقطني والبيهقي وضمناه ، وصححا ووقفه على شريح ، كما
 جاء ذلك في كتب الحديث .

على انه لو صح فلا دلالة فيه على عدم جواز اشتراط الضمان في عقد الحاربه
 " لان المراد ليس عليه ذلك من حيث هو مستعير ، لانه لو التزم الضمان للزمه . (٣)
 القول الثالث : اذا شرط المصير الضمان على المستعير لا مريخاف منه ، فالشرط
 لازم ان هلكت العين المصاره ^{من} الامر الذي غافه وشرط الضمان من اجله .

- (١) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص () من هذه الرسالة .
- (٢) الصنعاني — سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ / ٦٧ ، الشوكاني — نيل
 الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٦ / ٣٧ / ٣٨ ، السرخي — المبسوط ج ١١ /
 ١٣٥ ، الزيلعي — نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤ / ١١٧ .
- (٣) الصنعاني — سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ / ٦٧ .

والى هذا القول ، ذهب معارف بن عبد الله من المالكية .
 وبطل لذلك الرهونى ، بان المعير قصد كرامة المستعير ، ان سلمت المـسـيـن
 المارة ، ورفع الضرر عن نفسه فيما له مندوحة عنه ،
 هذا فى عارية ما يثاب عليه ، اما فى عارية ما يثاب عليه ، فمضمونة فى الجملة
 عند المالكية ، وحثت فلا فائدة من اشتراط الضمان عند اعارتها . (١)
 القول الرابع : اذا شرط المعير الضمان فى عارية ما لا يثاب عليه ، بطل الشرط
 ووجبت اجرة المثل ، ان استوفى المستعير المنفعة ، وان لم يستوفها بعد فسخ
 العقد ، ان ان الشرط يخرج عقد العارية عن حكمة الى باب الاجارة الفاسدة
 والفاسد يجب فسخه .

رخص
 وبيان ذلك ، ان المعير هنا لم يرضى بانشاء عقد العارية ، الا بشرط الضمان
 وهو عوض مجهول ، لا يعرف مقداره حال العقد ، فكانت العارية هنا فى محبسنى
 الاجارة الفاسدة ، اذ المبرة فى العقود للمعاني للالفاظ والمباني .
 ومن هنا وجب ان يرد العوض المجهول الى ما هو معلوم ، وذلك بوجوب اجرة
 المثل ، ان استوفى المستعير المنفعة ، وان لم يستوفها بعد وجب فسخ العقد
 رفعا للفساد .

(١) حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل ج/٦/٢٠٠/٢٠١ ،
 ابن عبد البر - كتاب الكافي فى فقه اهل المدينة المالكي ج ٢/٨٠٨/٨٠٩ ،
 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج/٣/٣٩١/٣٩٢ .

والى هذا القول ، ذهب المالكية فى احد الاقوال المروية عنهم . (١)
ويمكن ان يجاب على هذا القول والذي قبله ، بما جاء فى حديث صفوان بن
اميه : " ان النبى صلى الله عليه وسلم ، استعار منه ابرعا يوم حنين ، فقال :
اغضبا يا محمد ، فقال عليه الصلاة والسلام : بل عارية مضمونة " (٢) .
قال الامير الصنعاني : " فوصف العارية بانها مضمونة يحتمل انها صفة
موضحة وان المراد من شأنها الضمان ، فيدل على ضمانها مطلقا ، ويحتمل انها
صفة للتقييد ، وهو الاظهر ، لانها تأسيس ، ولانها كثيرة ، ثم ظاهره ، ان المراد
عارية قد ضمانها لك ، وحنثذ يحتمل انه يلزم ، ويحتمل انه غير ملزم ، بل كالوعد
وهو بعيد ، فيتم الدليل بالحديث للقتال ، بانها تضمن اما باشتراط المصير
او تبرع المستعير . " (٣)

ومن هنا ، فالذى يظهر لى : ان العارية امانة لا تضمن الا بالتعدي او التقصير
الا اذا شرط المصير الضمان او تبرع بذلك المستعير ، فتضمن حنثذ مطلقا ، سواء
انطقت بتعدي المستعير او بغيره ، وذلك لما ذكره الصنعاني ، فى بيان دلالة
حديث صفوان ابن امية على هذا الامر .

-
- (١) التسولى - البهجة فى شرح التحفة ج / ٢٧٦ / ٢ ، حاشية الرهونى على شرح
الزرقانى لمختصر خليل ج / ١٩٩ / ٦ / ٢٠٠ / ٢٠١ ، حاشية الدسوقي على الشرح
الكبير ج / ٣٩١ / ٣ / ٣٩٢ .
- (٢) هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر : ص () من هذه الرسالة .
- (٣) الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج / ٦٨ / ٣ .

ويؤيد هذا ، ان حديث صفوان ابن امية زوى بروايتين ، احداهما بلفظ
 "بل عارية مضمونة" والثانية بلفظ "بل عارية مؤداة" . (١)

وفي هذا اشارة الى ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه عاريتين ، احداهما
 اشترط فيها الضمان ، والثانية لم يشترط فيها ذلك .

ويقوى هذا النظر ، ما جاء في نصيب الراية ، بعد ذكره للروايتين السابقتين
 حيث قال : "قلت بل هما واقفتان" ، يدل عليه ما رواه عبد الرزاق في مصنفه فـسـى
 اثناء البيوع ، اخبرنا معمر عن بعض بنى صفوان ، ان النبي صلى الله عليه وسلم
 استعار منه عاريتين ، احداهما بضمان ، والاخرى بخير ضمان " (١) وفي هذا دليل
 على ان العارية لاتضمن الا باشتراط الضمان ، والله اعلم .

المطلب الثاني : اشتراط نفى الضمان :

اختلف الفقهاء القائلون ، بان العارية مضمونة ، في جواز اشتراط نفى
 الضمان ولهم في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : اذا اشترط الميعر عدم ضمان العارية ، فالعقد صحيح والشرط
 باطل ، والى هذا ذهب المالكية في عارية ما يغاب عليه على احد الاقوال عندهم

(١) سبق تخريج هاتين الروايتين ، انظر : ص () من
 هذه الرسالة .

(٢) الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٤/ ١١٧ .

وبه قال ابن القاسم منهم واليه ذهب الشافعية والحنابلة في أحد القولين عندهم
وبه قال الاسنوى والقلبي من الشافعية (١) وذلك نظرا " الى ان كل عقد اقتضى
الضمان ، لم يغيره الشرط ، كالمقبوض ببيع صحيح او فاسد ، وما اقتضى الامانة
فكذلك كالوديعة ، والشركة ، والمضاربة " (٢) .

القول الثاني : ان الشرط ، والمقد فاسدان ، وبالتالي فالمستعير آثم اذا
استعمل العين المعارة ، وعليه ضمان اجرة المثل .

والى هذا القول ، ذهب المالكية في عارية ما يثاب عليه على أحد الأقوال
عندهم واليه ذهب الشافعية في أحد القولين ، ومن قال به منهم ، الرملى

(١) الدردير - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج / ٣ / ٣٩١ ، شرح الخرشى
على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٤ ، المواق - التاج والاكلي لمختصر خليل
ج / ٥ / ٢٦٩ مطبوع بهامش مواهب الجليل ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج
مع حاشيتي الشرواني والعبادي ج / ٥ / ٤٢١ ، حاشية القليوبي على شرح منهاج
الطالبين ج / ٣ / ٢٠ ، حاشية الرملى الكبير على اسنى المطالب شرح روض الطالب
ج / ٣ / ٣٢٨ مطبوع بهامش الاسنى ، ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٤ / ١٦٥ ،
المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١١٢ ، البهوتي -
كشاف القناع عن متن الاقناع ج / ٤ / ٢٠ / ٧١ .

(٢) ابن قدامة - المغنى ج / ٥ / ١٦٥ .

الصغير ، ووصفه بأنه الاوجه . (١)

ولعل وجه فساد العقد : ان شرط عدم الضمان ، شرط مخالف لمقتضى عقد الحارية اذ مقتضى عقد الحارية ، ضمان العين المارة ، بلا فرق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه عند الشافعية على الاصح ، بخلاف النظر عما استثنوا من ذلك . (٢)

ومقتضاه عند الملكية ، ضمان العين المارة اذا كانت مما يغاب عليه ، وعدم ضمانها اذا كانت مما لا يغاب عليه في الجملة . (٣)

فاذا كان مقتضى عقد الحارية الضمان ، كان اشتراط عدم الضمان حثثا شرطا مخالفا لمقتضى العقد ، فيوجب فساد حثث .

القول الثالث : ان العقد صحيح ، والشرط لازم ، وبالتالي فلا ضمان اذا تلفت العين المارة عند اشتراط عدم الضمان .

والى هذا القول ذهب المالكية على احد الاقوال عندهم ، وهو مروى عن ابن القاسم منهم ، وقال ابو الخطاب من الحنابلة : أو ما الى ذلك احمد بن حنبل .

(١) التسولى - البهجة فى شرح التحفة ج/٢/٢٧٦ ، الدردير - الشرح الصغير مع بلغة السالك للصاوى ج/٢/٢٠٦/٢٠٧ ، الرطى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج مع حاشية الشيرازى ج/٥/١٢٥ ، حاشية الجمل على شرح المنهاج ج/٣/٥٩٤ .

(٢) انظر : ص () من هذه الرسالة .

(٣) انظر : ص () من هذه الرسالة .

ورواه ابن قدامة ، عن قتادة والعنبري ، ثم قال : وثيل ان قولهما ، عـدم

ضمان العارية ، الا اذا اشترط ضمانها . (١)

ومما استدل به اصحاب هذا القول ، ان العارية معروف ، واسقاط الضمان

معروف آخر لا مانع منه ، ثم ان الصير لوان في اتلاف المين العارية ، لم يجب

ضمانها ، فكذلك اذا اسقط عنه ضمانها . (٢)

وناقش ، ابن قدامة هذا فقال : " ان الاتلاف فعل يصح الاذن فيه ، ويسقط

حكمه ، ان لا ينعقد موجبا للضمان مع الاذن فيه ، واسقاط الضمان ههنا نفسى

للحكم مع وجود سببه ، وليس ذلك للمالك ، ولا يملك الاذن فيه " . (٣)

ولقد سبق ، ان الفقهاء فريقان في الجملة ، فريق يرى ان العارية ، امانة

وفريق يرى انها مضمونة .

(١) الدردير - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٣/ ٣٩١ ،

شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦/ ١٢٤ ، التسولي

البيهجة في شرح التحفة ج ٢/ ٢٧٦ ، ابن قدامة - المفنى

ج ٥/ ١٦٤/ ١٦٥ ، الفرداوى - الانصاف في معرفة الرااجح من الخلاف

ج ٦/ ١١٢/ ١١٣ .

(٢) ابن قدامة - المفنى ج ٥/ ١٦٤ ، التسولي - البيهجة في

شرح التحفة ج ٢/ ٢٧٦ .

(٣) ابن قدامة - المفنى ج ٥/ ١٦٥ .

هذه ليس برأيي

والذى ظهر لى رجحانه هناك ، قول القائلين بأنها امانة ، بادلة ذكرتها
فى موضعها فلا داعى لاعادتها تحاشيا للتكرار والاطالة . (١)
وانذا ثبت بما سبق ، ان العارية أمانة ، فلا فائدة حينئذ من اشتراط نفسى
الضمان ، ان هو مئفى دون اشتراط ذلك صراحة ، فقضى كونها امانة ان لاتضمن
مطلقا الا بالتمدى فيها .

والله تعالى أعلم بالصواب

(١) انظر : ص (٤٤٢) من هذه الرسالة .

المبحث الرابع : الواجب في ضمان المصارفة

المعين المصارفة ، اما أن تكون مالا مثليا ، او مالا قيميا (١) .

ويقصد بالمثلى : ما يوجد له مثل في الاسواق ، بلا تفاوت يعتد به ، كالكيلى والوزنى ، والعددى المتقارب (٢) .

وللمثلى تصرفات اخرى في الفقه الاسلامى لاتعتد كثيرا ، عن هذا التعريف وان اختلفت معه في بعض القيود ، التى لاتشير كثيرا من المعنى العام .

x

(١) المثلى نسبة الى المثل ، لان كل نوع منه بعضه مثل بعض .

والقيى : نسبة الى القيمة التى يتفاوت بها كل فرد عما سواه . انظر

سليمان محمد - ضمان التلفات في الفقه الاسلامى ج ٦٨/١ .

(٢) واماد افندى - مجمع الانهر شن مطلقى الاجرح ج ٤٥٦/٢ .

لعل من المفيد ، ان ابين هنا ، ولو بايجاز ، ما يقصد بالكميات والموزونات والعدديات من الاموال وما يعتبر منها مالا مثليا والا يعتبر كذلك :

فالكميات : هى التى تقدر بالكيل كالقمح والشمير والذرة ونحوها من

الحبوب واللمن والزيت وغيرها من السوائل . وربما استعمل الناس الوزن

في بعض الكميات . فقد شاع استعمال الوزن في الزيت وبعض الحبوب وحيث

يجوز اعتبارها من الموزونات لقيام المرف بذلك بين الناس .

وما تجدر الاشارة اليه ، أن لاعراف الناس واحداتهم كثيرا في تقسيم

الاموال الى كميات وموزونات . فمما كان يعرف في العصر الاوى للاسلام بانه

من الكميات كالبر والشمير يعرف اليوم بانه من الموزونات في بعض البلدان . بل

قد يختلف المرف في العصر الواحد من بلد الى اخر . فاللمن مثلا

يعتبر في بعض البلدان مما يكال ، وفي البعض الاخر مما يوزن ، بل قد نجد

هذا الاختلاف في البلد الواحد في السلعة الواحدة بحسب المناطق أو

والقيس من الاموال هو : مالا يقدر بكيل ولا وزن ، ولا عد . ويعرف أيضا بأنه

الوضع . وفي كثير من عوالم المالم ومدته في الوقت الحاضر يكاد الكيمـ

ان ينعدم في تقدير الاموال لاستبداله بالوزن .

أما الموزونات المتحدة : فهي الاموال التي تقدر بالوزن ، كالمعدان من ذهب وفضة ونحاس ونحو ذلك . والماكولات من سكر وحلوى ولحم والفواكه التي توزن كالشفاح والموز ونحو ذلك . ولا اعلم خلافا بين الفقهاء في اعتبار المكيل والموزن مثليا في الحجة بنظر النظر عما استثنى من ذلك عند بعض الفقهاء .

وأما المعدادات : فهي التي تقدر بالمد ، مما تقترب احاده في الحجم بحيث لا يوجد بينها تفاوت يعتد به الناس ، ويرتبون عليه اختلاف القيس في المعاملات ، اذا كان ذلك من نوع واحد كالبيض والليمون وطوب البناء ونحو ذلك .

ولقد اختلف الفقهاء في اعتبار المعداد من الاموال مثليا ولهم في ذلك قولان :

القول الاول : ان المعداد المتقارب يحتبر مالا مثليا والى هذا ذهب الاحناف والمالكية .

القول الثاني : لا يعتبر المعداد مالا مثليا والى هذا ذهب الامام زفر من الاحناف واليه ذهب الشافعية وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة .

وذلك نظرا الى "ان المماثلة في المعداد لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا ، فلا يقطع بكون المضمون مثلا للمثل ، فيصار الى قيمته لتحذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل والموزون ، لان المماثلة فيه تثبت بالنص وهو قوله عليه السلام : "الحنطة بالحنطة مثلا بمثل" وكذا قال في الذهب والفضة . وهما موزنان والحنطة مكيل ، فامكن اعتبار المماثلة فيهما للحلم بها قطعا والجودة لقيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك المعداد .

ملا يوجد له مثل في الاسواق اصلا ، او يوجد ولكن مع تفاوت كبير ، يعتمد به فـى

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بانه لامعنى للقول بان المماثلة
فى الممدديات تثبت بالاجتهاد ، لان الكميات والموزونات ايضا تثبت
بذلك * اذ ان مطلق الجنس لا يكفى ، بل لابد من اعتبار المماثلة
فى الصفة كالجودة والرداءة وذلك لا يصرف بالاجتهاد ، وواضح منه
ان القيمة ايضا لا تصرف الا بالاجتهاد ، فلامعنى لماتيل فى الاستدلال
السابق اذا لم يكن بد من الاجتهاد فى الكل . *

ومن هنا فالذى يظهر ان الممددى مال مثلى لان المالية هى المعتبرة
فى المماثلة ، ومالية الممدديات متساوية ، فكما يماثل الريال الريال ففى
المالية فكذلك الجوز والليمون ، والبيض وما الى ذلك من الممدديات
المقارنة ، ولهذا لا تتفاوت قيمة احادها فى عرف الناس . ومن هنا
كانت المماثلة فى الممدديات اتم من الكميات والموزونات ، فوجب ضمان
ماتلف منها بجنسه لانه مثل له صورة ومعنى .

وما تحسن الاشارة اليه ان المتقدمين من الفقهاء لا يعتبرون المذروعات
من الاموال المثلية وذلك نظرا الى أن الاموال المذروعة لم تكن فى عهدهم
مماثلة الاجزاء لتخلف المستوى الصناعى فى ذلك العصر .

أما فى عصرنا هذا ، فان التقدم الصناعى المذهل جعل من المذروعات
اموالا مماثلة الاجزاء لانتباين احادها اللهم الا من حيث الالوان
فاذا احدد نوع القماش ولونه ، كان كالمكيل والموزون والممدود المتقارب
ان لم يكن اولى بالمثلية منها .

ومن آثار الصناعة ايضا فى هذا العصر استحداث اموال مثلية لم تكن معروفة
عند المتقدمين وذلك كالسيارات وادواتها والنسخ الضميدة من كتاب
مطبخ مشهور فى الاسواق والكراسات والمطابخ والاوانى المنزلية والادوية
والبنسادل والجوارب والمائق والشوك والمساكين وجميع ما تنتجه
المصانع الحديثة ، لاتحادها فى المادة والحجم والشكل ، اذ قد

المعاملات .

فالاول ، كالتحف النادرة ، والاثار القديمة ، والثاني كالحيوان بجسيمه
أنواعه ، والمباني والاشجار والنسخ المخطوطة ، ولو من كتاب واحد ، والاحجار
الكريمة لان بعضها لا يقوم مقام بعض * (١)

وانذا اتضح المراد بالثلثي من الاموال بهذا الموجز ، فان الفقهاء اختلفوا

== بلشت المصانع في هذا العصر من الدقة بحيث لا يستطيع الانسان
التفريق بين احاد ما تنصحه لشدة التماثل فيما بينها . فكان القيس
ان يجرى عليها حكم المال الثلثي .

وذلت نظرنا الى ان الاساس الذي تعتبر به الاموال مثلية هو عدم التفاوت
بين آحادها اذ كانت من الممدودات وعدم التباين بين اجزائها اذ كانت
من الكميات او الموزونات وغيرهما متوفرهما في الاسواق وهذا يوجد فيما ينتجه
المصانع في هذا العصر بل ربما كانت اجدر بالمثلية من الموزونات والكميات
والممدودات لدقة صناعتها وتوفرها في الاسواق . انظر في هذا : سليمان محمد
- ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١/ ١٦٨/ ٦٩/ ٧٠/ ٧١/ ٧٢ ، واما
اغندى - مجمع الانهر شرح ملتقى البحر ج ٢/ ٤٥٦/ ٤٥٧ الحمكفي -

الدر المختار مع المحتار ج ٥/ ١٥٩/ ١٦١ . ابن قاضي سماونه - جامع
الفصولين ج ٢/ ٩٢ . شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٦/ ١٤٣ ، الرافعي
فتح العزيز شن الوجيز ج ٦/ ٢٦٦/ ٢٦٩ . المحلى - شرح منهاج الطالبين
ج ٣/ ٣١ مطبوع بهامش حاشيتي القليوبي وعميره . ابن مفلح - المبدع في
شرح المفتح ج ٥/ ١٨٠/ ١٨١ . ابن حزم - المحلى ج ٨/ ٤٨٣/ ٤٨٤
مسألة رقم (١٤٧٧) - شلبي نظام المعاملات ٩٩/ ١٠٠ : عيسوي
الفقه الاسلامي ٢٤٣/ ٢٤٢ محمد يوسف - الاموال ونظرية العقود ،
١٦٤ / - بدران - تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود ٢٨٩ /
للحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود ج ١/ ١٥ - حامد مصطفى
- الالتزامات والعقود في الشريعة الاسلامية ٣٦/ ٣٧ .

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١/ ٧١/ ٧٠ . وانظر
المراجع السابقة .

فى ضمان المارية المثلية ، هل تضمن بثلمها او بقيمتها .
كما اختلفوا فى ضمان المارية القيمية ، هل تضمن بجنسها او بقيمتها .
واختلفوا ايضا فى الوقت الذى تقدر فيه قيمة المارية عند وجوب ضمانها بالقيمة
وفيما يلى ثلاثة مطالب لبيان ذلك عند الفقهاء :

- المطلب الاول : الواجب فى ضمان المارية المثلية .
- المطلب الثانى : الواجب فى ضمان المارية القيمية .
- المطلب الثالث : بيان الوقت الذى تقدر فيه قيمة المارية .

المطلب الاول : الواجب فى ضمان المارية المثلية :

اختلف الفقهاء فى ضمان المارية المثلية ، هل يجب ضمانها بثلمها
او بقيمتها ، وللفقهاء فى ذلك قولان :

- القول الاول : اذا كانت العين المعارة من الاموال المثلية ، فالواجب
فى ضمانها المثل لا القيمة ، والى هذا القول ذهب الحنابلة ، وهو أحد
القولين عند الشافعية ، وظاهر ما ذهب اليه الاحناف ، لان المارية عندهم
لا يجب ضمانها الا اذا تعدى المستعير عليها تثلثت من تعديه او بعده ، بخيره ،
ويعملون لذلك ، بأن المستعير مؤتمن على العين المعارة مالم يتعدى ، حيث
يعتبر فى حكم الشاغب ، وفى النصب عندهم يضمن المثل بثلمه ، والذى
يظهر ان المارية عندهم كذلك على اعتبار ان العين المعارة لا يجب ضمانها

عندهم ، الا اذا كان المستمير في حكم الناصب . (١)

- القول الثاني : اذا كانت الممين المارة من الاموال المثلية فالواجب
في ضمانها القيمة لا المثل ، والى هذا ذهب الشافعية في احد القولين
عندهم وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية ، حيث قالوا : بأن المارة تضمن
بقيمتها دون أن يفرقوا بين المارة المثلية والقيمة ، والذي يظهر من هذا
الاطلاق ، أن كلا المارتين تضمن عندهم بالقيمة (٢) .

ويطلل لذلك الشافعية : * ان رد مثل الممين المارة مع استعمال جزء
منها بالاذن متعذر ، فصار بمنزلة المثل المفقود ، فرجع الى القيمة (٣) .

-
- (١) ابن مفلح - المبدع في شرح القنق ج / ١٤٤/٥ ، البهوتي - كشاف
القناع عن متن الاقناع ج / ٧١/٢٠/٤ ، البهوتي - تحفة المحتاج بشرح
المنهاج مع حاشيتي الشرواني والمبادئ ج / ٤٢١/٥ ، الاردبيلي -
الانوار لاعمال الابرار مع حاشيتي الكشر والحاج ابراهيم ج / ٥٢٢/١ ، الزيلعي
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج / ٢٢٣/٨٩/٨٥/٥ ، السرخسي
- البسوط - ج / ١٣٧/١١ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الاحكام
ج / ٤٦١/٣٠٨/٣٠٧/٢ ، مادة رقم (٨١٤) ورقم (٨١١) .
(٢) الشيرازي - المذهب ج / ٣٧٠/١ - الانباري - اسنى الطالب شرح
روى الطالب ج / ٣٢٨/٢ - شرح السرخسي على مختصر سيدي خليل
ج / ١٢٤/١٢٣/٦ ، الدردير - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج / ٣٩١/٣
(٣) حاشية الرطبي الكبير على اسنى الطالب . شرح روى الطالب ج / ٣٢٨/٢
مطابق بهامش الاسنى .

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بأن المراد بالمثل ، المثل فـسـى
الجنس ، والتقارب فى الصفة ، فليس المراد المماثلة من كل وجه ، حتى يلزم
من كون العين المماثلة ، قد استعطت فترة معينة بالاذن ان يتعذر وجود
ما يماثلها فى الجنس ، ويتقارب معها فى الصفة يوم التعدى عليها او يـسـم
تلفها فالسيارة التى استعطت لمدة شهر لا يتعذر وجود ما يماثلها فى الجنس
ويتقارب معها فى الصفة يوم التعدى او يوم التلف وكذلك سائر المثلثات (١)

ومن هنا فالذى يظهر لى . أنه اذا وجب ضمان العين المماثلة ، فإن
كانت مالا مثليا ضمنى بالمثل كما هو القول الاول .

وذلك لقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٢)
وقوله تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٣)

حيث دل اسلوب المشاكلة فى الايتين الكريمتين على وجوب اخذ حق
المعتدى عليه من المعتدى بمثل ما اعتدى به ، والاعتداء على الانسان فى ماله
داخل فى عموم ذلك كما سبق بيانه ، اول هذا الباب فيجب بموجب الايتين
رد مثل التالف الذى وجب فيه الضمان صورة ومعنى ان كان مثليا كالمكيـل
والموزون ، والمعدود المتقارب او معنى فقد ان لم يكن له ما يقاربه فى صفته
من جنسه ، وذلك بالقيمة .

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٤٥٩/٣ ، حاشية الباجورى ج ١١/٢

حاشية الصيادى على تحفة المحتاج ج ٤٣١/٥ ، مطبوعة مـح
التحفة وحاشية الشروانى .

(٢) سورة البقرة اية رقم (١٩٤)

(٣) سورة الشورى اية رقم (٤٠) .

* لان حق المالك ثابت فيها تلاف صورة ومعنى ، وقد أمكن اعتبارهما بايجاب
 المثل ولا ريب ان مثل الشيء ، أقرب اليه من غيره ، واسمه ينسب عن ذلك
 وحيث تقدرت الممين وجب السير الى ما هو مثلها لانه أنتم واقرب الشيء
 رد الممين الذي هو الاصل من القيمة فايجاب له لمثله لها من طريق الصورة
 والمشاهدة والمعنى والقيمة ماثلة عن طريق الدائن والاجتهاد فكان ما طريقه
 المشاهدة مقدما ولان المثل اعدل واتم في جبر الخائب وادفع للضرر لما فيه من
 مراعاة الجنس والمالية ولقيامه مقامه من جميع الوجوه والاغراض فان الاعيان
 اذا تساوت في قدر المالية والاوصاف العقلية ، فقد حصل الجبر بما يقصده
 المقلاء من المالية والاوصاف وجميع الاغراض ، ولا التفات الى تغيير الميمن
 فانه لا يتعلق بها غرض عما قل بعد القوات * (١)

فصلي هذا ، فاذا كانت الممين الممارسة ، مثلية ، بان كانت طولها للبشر
 او خشبا أو سيارة ، أو معدنا يقدر بالوزن ونحو ذلك لنم رد مثلها متى وجب
 ضمانها والله أعلم .

-
- (١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٥٨ هـ -
 الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/ ٢٢٣ هـ الشيرازي
 المذهب ج ١/ ٣٧٥ هـ الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج
 مع حاشيتي الشرواني والمبادئ ج ٥/ ٢٢١ هـ ابن قدامة - المشني
 ج ٥/ ١٧٧ هـ البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٥/ ٧٠ /
 ٧١ .

المطلب الثاني : الواجب في ضمان الماربة القيمية :

اختلف الفقهاء فيما اذا كانت المين الماربة مالا قيميا هل تجب القيمة عنده
وجوب ضمانها أم ان الواجب رخصتها ، ولا يعدل عن ذلك الا عند انعدامه .
الواقع ان للفقهاء في هذه المسألة قولين :

القول الاول : ان المال اذا وجب فيه الضمان وكان قيميا لزم حينئذ رد قيمته .
والى هذا القول ذهب جماهير الفقهاء من الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة
والشيعة الزيدية . (١)

القول الثاني : ان القيمي يضمن بجنسه من حيث الخلقة حيونا كان او غيروه ،
ولا يضمن بالقيمة الا عند عدم الجنس .

والى هذا القول ذهب شريح وقتادة وعطاء والعنبري وهذا الرحمن الداربي والظاهرية
وهو رواية عن الامام احمد وقال بها من الحنابلة ابن تيمية وابن قيم الجوزية (٢) وما
استدلوا به على ذلك ما يأتى :

(١) انظر : المراجع السابقة وانظر : المرتضى - البحر الزخار الجامع لمذاهب

علماء الاصدار ج / ١٢٤ / ٥ / ١٧٥

(٢) ابن القيم - اعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٢ / ٢ / ٨ / ٩ / ١٠ ، ابن قدامة

المفتى ج / ١٢٧ / ٥ ، ابن تيمية - الفتاوى ج / ٢٠ / ٥٦٣ ، المحلى

ج / ٨ / ١٤٠ / ١٤١ مسألة رقم " ١٢٥٩ " ، الخطايب - معالم السنن

ج / ٥ / ٢٠١ ، مذهب مختصر سنن ابي داود للمنذرى وشهد ياب ابن القيم

سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج / ٢ / ٤٦٦ .

- أولاً : قال الله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (١)
 وقال تعالى : " فان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " (٢)
 وقال تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " (٣)

حيث دللت الآيات السابقة على مشروعية المماثلة في استيفاء الحقوق المشروعة المعتدى عليها ومنها الاموال وذلك عام فلا فرق بين أن يكون المال مثلياً او قيمياً ، ومن هنا فلا يعدل عن جنس التالف من الاموال الى القيمة الا عند تعذره .

ويمكن ان يناقش هذا : بان المماثلة في الاموال تسمان : مماثلة في الجنس والصورة والمعنى وهذا في ضمان المثليات ، ومماثلة في المعنى فقط وهذا في ضمان القيميات . (٤)

- ثانياً : قال الله تعالى : " فجزاء مثل ما قتل من النعم " (٥)
 حيث دللت الآية الكريمة على أن الواجب في اتلاف الصيد مثله ، لا قيمته ، ومع
 انه قيمي لا مثلي فيكون ذلك حكماً عاماً في سائر المتعلقات . (٦)

- (١) سورة البقرة اية رقم (١٩٤)
 (٢) سورة النحل اية رقم (١٢٦)
 (٣) سورة الشورى اية رقم (٤٠)
 (٤) سليمان محمد — ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٦٦
 (٥) سورة المائدة اية رقم (٩٥) .
 (٦) ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢/ ٣١٧ ، محمد عيسى
 — تذييل الفروق ج ٢/ ٢٠٥ ، الفرق رقم ١١١ ، سليمان محمد — ضمان
 المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٦٨/ ٤٦٩ .

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : " بان الحكم في جزاء الصيد بالشلل من النعم حكم خاص في التقيد فلا يجوز القياس عليه لان ذلك تعبد حائد عن قواعد الجهر وحقوق الله تعالى تجري فيها المساواة ولا تحمل على الاستقصاء وكمال الاستيفاء كحقوق الامميين " (١)

ثالثا : روى عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نساء فارسك احدى امهات المؤمنين مع خدام بقصة (٢) فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الدلاء وقال : كلوا وحبس الرسول القصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة " (٣)

وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت : " مارأيت صائعة طعاما مثل صفيحة أهدت الى النبي صلى الله عليه وسلم انا من طعام فما ملكك نفس ان كسرتة فقلت يا رسول الله ما كسرتة " فقال : انا اناء وطعام كذا " (٤)

فذكر في الحديثين ان النبي صلى الله عليه وسلم ضمن الاناء بجنسه مع انه يمسى في ذلك العصر وفي ذلك دليل على مشروعية ضمان القبي بجنسه الا اذا انعدم ذلك .

(١) المرجع الاخير من المراجع السابقة ج ٢/ ٤٦٩

(٢) القصعة : وهاء يؤكل فيه . ويشرد هـ وكان يتخذ من الخشب .

انظر : الزيات - المحجم الوسيط ج ٢/ ٧٤٦ مادة (تصح) .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث . انظر من هذه الرسالة

(٤) سبق تخريج هذا الحديث . انظر من هذه الرسالة

ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال : بأن النبي صلى الله عليه وسلم عندما رد مثل الاناء ومثل الطعام الممنوع لم يكن ذلك امرا منه بضمان هذه الاشياء ومشاكلهم بالمثل وانما ذلك من باب الاحسان والممونة والاصلاح . لان الاناء والطعام المطبوخ لا مثل لهما معلوم من جنسهما .

على أن كل من الاناء والاعمام ، قد اتى به من أحد بيتي النبي صلى الله عليه وسلم للبيت الآخر . والظاهر ان ما في البيتين ملك للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة ما يستخدم من ذلك . ومن هنا فلا يبعد أن يكون الاناء ان مملوكين له عليه الصلاة والسلام وقد حكى البيهقي ذلك .

فاذا كان الثالث هنا ملكا للنبي صلى الله عليه وسلم فان للمرأ أن يحكم في ملكه بما يراه مناسبا ولا يكون ذلك من باب ما يحل عليه الناس من حكم الحكام في ابواب الحقوق والاموال .

ولو سلمنا أن الانائين مملوكان لزوجتيه عليه السلام لاله ، لم يكن في ذلك حجة على مشروعية ضمان القيس بجنسه لان القيمة في القيس لا تجب الا اذا اطلب ذلك الجاني او المجنى عليه اما اذا تراضينا على المثل فلهما ذلك .

والذي يظهر ان الرسول صلى الله عليه وسلم رأى ان المثل هنا سداد في الامر فرضيته التي هو في بيتها وانتقل للآخرى فرضيته وليس هناك ما يدل على ان احدي الزوجتين قد أبت ذلك ومن هنا حكم به فالحديث اذن لا يتناول موضع الخلاف . (١)

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٦٦/ ٤٦٧/ ٤٦٨ الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥/ ٢٢٣ ، الخطابي - معالم السنن ج ٥/ ٢٠١ ، الشوكاني نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج ٦/ ٢١/ ٢٢ .

رابعا : " ان ضمان القيس كالحيوان ونحوه دائر بين شيئين اما ان يضمنه
بأقيمة وهي دراهم مخالفة للمثلف في الجنس والصفة ولكنها تساويه في المالية ، واما
أن يضمنه بحيوان من جنس حيوانه مع مراعاة المساواة بقدر الامكان في المالبسة
والصفة والمقصود والانتفاع ، فههنا المالية مساوية كما في النقد واما هذا بالمشاركة
في الجنس والصفة والمقصود والانتفاع فكان هذا امثلا من ذلك واترب الى التمييز
والقياس وما كان امثلا فهو اعدل فيجب الحكم به عند تعدر المثل من كل وجه .

يضاف الى هذا ان المماثلة من كل وجه متعذرة حتى في المكيل والموزون فضلا
عن غيره فانه اذا التفت احد صاعا من برغضه بصاع من مهر ، فلا يمكن التاكيد من
أن الصاع المخرم مثل التالف من كل وجه بل قد يزيد احدهما على الآخر وقد ينقص
ومن هنا قال الله تعالى : " واوفوا الكيل والميزان بالقسط لا تكلف نفسا الا وسعها " (١)
فان تحديد الكيل والوزن ما قد يعجز عنه البشر ولهذا يقال : هذا مثل من هذا
اذا كان اقرب الى المماثلة منه عند عدم حصول المماثلة من كل وجه . وما كان اقرب
الى المماثلة فهو اقرب الى الصواب ولا ريب ان الجنس الى الجنس اقرب مماثلة من
الجنس الى القيمة " (٢) .

ويمكن ان يفتى بهذا : " بان في القول بطلب مراعاة المساواة عند ضمان القيس
بجنسه بحيث يكون المضمون به مثل المضمون في المالية والصفة والمقصود والانتفاع ، هذا

(١) سورة الانعام اية رقم (١٥٢)

(٢) سليمان محمد — ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢ / ٢٠٤ بشي من التصرف
وانظر في هذا : ابن تيمية — القياس في الشرع الاسلامي / ٤٠ / ٤١ — ابن القيم —
اعلام الموقعين ج ٢ / ١٣٤ .

القول فيه ذهب الى قول الجمهور ، بأن القيمة اعدل لان المماثلة من كل وجه متعذرة في التقييمات واما ادعاء ان المماثلة من كل وجه متعذرة في المثليات فغير مسلم لان المثل لا تزيد ولا تنقص قيمته عن مثله الا فيما يحتد به ، ولا اعتبار لذلك بين الناس . (١)

ومن هنا ، فالذى يظهر لى ان المعتبر في ضمان الاموال القيمة ، اقيسها كما هو راي جمهور الفقهاء في القول الاول وذلك نظرا لما يأتي :

اولا : روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم واعتق عليه والا فقد عتق منه ماعتق " (٢)

وروى عن ابن هزيمة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من اعتق شقفا (٣) من مملوك فعليه خلاصه في ماله فان لم يكن له مال قوم المملوك

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٧١ بشي* من التصرف .

(٢) هذا الحديث اخبره البخاري في كتاب الحق كما اخبره مسلم في كتاب العتق وكتاب الايمان والنذور ورواه ابراهيم الترمذي والنسائي وابن ماجه واحمد في المسند . انظر صحيح الامام البخاري ج ٣/ ١٢٦/ ١٢٧ الشوكاني نيل الاوطار من احاديث سيد الاختيار ج ٦/ ٢٠٧/ ٢٠٨ - الزيلعي - نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٣/ ٢٨٢/ ٢٨٣ .

(٣) قال ابن الاثير : الشقق والشقيبي . النصيب في الحين المشتركة من كل شئ . انظر : ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث والاثار ج ٢/ ٢٣٠ .

قيمة عدل ، ثم استسعى غير مشقوق عليه " (١) .

فحصه الشريك في الصمد وهو من القيميات متلفة بالمتق وقد امر النبي صلى الله عليه وسلم بضمانها بالقيمة دون المثل ولو كان الواجب في ضمانها المثل لما امر النبي صلى الله عليه وسلم بالقيمة ، ولأمان من تعديه هذا الحكم الوارد في العقد بهذا النص السائر ما اتلفهما لأمثل له دلالة ، كما أشار إلى ذلك الكاساني من الاحناف (٢) .

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد قال ابن الأثير : " استسعاء الصمد إذا اعتق بعضه حران يسمى في تكائه ما بقي من رقه فيعمل فيكسب ويصرف ثمنه إلى مولاه فسمى تصرفه في كسب سعيه وغير مشقوق عليه أي لا يكلفه فوق طاقته وقيل معناه : استسعى الصمد لسيداه أي يستخدمه مالكه بما فيه بقدر ما فيه من الرق ولا يحمله إلا ما يقدر . قال الخطابي : قوله : استسعى غير مشقوق عليه لا يشتبه أكثر أهل النقل بسند ابن النبي صلى الله عليه وسلم ويترجمون أنه من قول قتادة " اهد . وقال الشوكاني : قال أبو داود : روى هذا الحديث روح بن عبادة عن سعيد بن أبي عروبة ولم يذكر السعاية ، ورواه يحيى بن سعيد وابن أبي عدي عن سعيد بن أبي عروبة ولم يذكر فيه السعاية ، ورواه يزيد بن زريع عن سعيد فذكر فيه السعاية . . . " وقد ضعف أحمد رواية سعيد بن أبي عروبة ولكنه قد تابع سعيدا على ذكر الاستسعاء جماعة كما ذكر ذلك البخاري ومنهم جرير بن حازم وحجاج بن حجاج عن قتادة ومنهم أحمد بن حنبل وأحمد بن حنبل والبخاري وغيرهم . . . ولهذا صحح صاحبها الصحيحين كون الجميع مرفوعا . انظر الشوكاني - نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ج ٦ / ٢٠٧ / ٢٠٨ / ٢٠٩ وابن الأثير - النهاية في غريب الحديث والأثر ج ٢ / ١٦٣ مادة (سعى) صحيح الإمام البخاري ج ٣ / ١٢٧ - الزيلعي - نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٣ / ٢٨٢ / ٢٨٣ .

(٢) الكاساني - بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ج ١ / ٤٤٢١ / ٤٤٢٢ وابن قدامة - المغني ج ٥ / ١٧٨ - ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٣١٧ محمد علي تهذيب الفرق ج ٢٠٥ - السرخسي - المسبوط ج ١١ / ٥١ - الطبري - تكملة البحر الرائق ج ٨ / ١٢٥ - الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٢٢٣ .

ونقش هذا الاستدلال : بان تقويم حصة الشريك في المبد الممتق من قبل أحد الشريكين من باب تملك الانسان للمال المملوك لغيره بقيته اذ ان سهم الشريك في المبد يملكه الممتق اولا ثم يمتق عليه بالتالي وحينئذ فلا بد من تقدير دخول المبد في ملك الممتق . ليسوع عتقه عليه ولا خلاف بين الفقهاء القائلين بالسراية في الممتق في هذا الامر .

ثم ان من اعتق شركا له في عبد ، لا يعتبر بذلك مستهلكا لمال غيره ولا معتديا عليه وانما فعل أمرا اباحه الله تعالى وهو عتق حصته فهو اذن حكم من الله سبحانه وتعالى انقذه لا لئلا يمتد من الممتق اصلا (١) .

وقد دفع هذا الاعتراض * بان الاتفاق يصح أن يطلق على اخراج الشئ عن ملك صاحبه ، لانه بذلك قد جعله غير صالح للاستفاد به والتصرف فيه فلا مانع من اعتبار ذلك اتلافا معنى .

والممتق نصيبه لم يتمدى ولكنه بحقه حصته تسبب في اخراج المبد من يد شريكه فالزمه الرسول صلى الله عليه وسلم القيمة ولم يلزمه المثل * (٢) .

ثانيا : ان الاموال القيمة مما يتمد رغبه المساواة . فالتهابن بينها في الصفاة أمر لا يمكن الجزم بعده ومن هنا كانت القيمة اضبط . وادعى للعدالة من غيرها لانها

(١) ابن القيم — اعلام الموقعين ج ٢/ ١٠ — ابن حزم — المحلى ج ٨/ ١٤٠ مسألة رقم (١٢٥٩) .

(٢) سليمان محمد — ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ٢/ ٤٦٥ .

تستوجب سائر صفاتها فهي اجدر من المثل . (١)

ثالثا : ان المقصود من الاموال القيمية اعيانها والمعين لانتم مقام عين اخبرى
وهذا بخلاف الاموال المثلية لان المقصود منها امثالها دون اعيانها . (٢)

رابعا : ان الحيوان واثق معناه ما ليس مثليا ، يوجد مثله معنى وهو القيمة ،
ولكنه يتمدّر وجود مثله صورة معنى . فاذا اخذ صاحبه بدل له من جنسه فاما
أن يكون ناقصا فلا يكون قد اخذ حقه ، واما ان يكون زائدا فيكون قد اخذ حق غيره
وليس كذلك المثل اذا تلف فان مثله من نوعه لا يزيد ولا تنقص قيمته الا فيما لا يتمدّد
به . . (٣)

وهذا يتضح والله أعلم أن الراجع من ذلك ما ذهب اليه جمهور
الفقهاء من أن القيم يضمن بقيته لا جنسه . والله تعالى اعلم بالصواب .

-
- (١) المرجع السابق . وانظرا : ابن قدامة - المغنى ج ٥ / ١٧٨ - ابن تيمية
منتقى الاشهار من احاديث سيد الاخبار ج ٥ / ٢٧٢ .
(٢) الهنداوى - الاشراف على مسائل الاخلاق ج ٢ / ٤٤ . سليمان محمد
ضمان المتلفات في الفقه الاسلامى ج ٢ / ٤٦٥ .
(٣) المرجع الاخير من المراجعين السابقين ج ٢ / ٤٦٥ / ٤٦٦ - السيافى
الروض النضير ج ٣ / ٤٠٤

المطلب الثالث : بيان الوقت الذى تقدر فيه قيمة المعارية

اذا وجب فى ضمان المين المعارة رد القيمة ، فتمت تقدر تلك القيمة ، تقدر يوم التمدى عليها او يوم تلفها او ناقص قيمة لها من يوم التبعث الى يوم التلصيف أم ما هو الحكم فى ذلك .

الواقع أن للفقهاء فى هذه المسألة ستة أقوال :

القول الاول : اذا وجب ضمان المين المعارة بالقيمة ، لزم حينئذ ان تقدر قيمتها يوم حدث موجب الضمان وهو التمدى على المين المعارة .

وهذا ظاهر ما ذهب اليه الاحناف وذلك لما دللوا على ان المين المعارة عندهم أمانة فى يد المستمير لا تضاعف الا بالتعدى فاذا تعدى المستمير عليها صار حكمه بمعد التمدى حكم الناصب والمين المفصومة عندهم تقدر قيمتها يوم النصب والذي يظهر من كون المستمير كالناصر اذا تعدى على المين المعارة ان تقدر قيمة المعارة بـيوم التمدى كما كان الامر كذلك فى النصب .

ويؤيد هذا ان الاحناف يعملون لتقدير قيمة المين المفصومة يوم النصب بان التمدى على المال بالنصب هو سبب الضمان فوجب تقدير ما يجب به يوم قيامه وسبب الضمان عندهم فى المعارة ايضا هو التمدى . فتقدر قيمتها يوم حدوثه كذلك (١) القول الثانى : اذا كانت المين المعارة مما لا يخاب عليه كالسيارات والسدواب والمقار ونحو ذلك ، فتقدر قيمتها اذا وجب ضمانها يوم التمدى عليها لان هذه

(١) البابرى - شن العناية على الهداية ج / ١٠ / ٩ / ٢ / ٩ / الزيلعى تبين الحقائق كنز الدقائق ج / ٥ / ٨٤ / ٨٥ / ٢٢٣ الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج / ٩ / ٤٤٢٣ . المرخسى - المهجول ج / ١١ / ١٤٣ / ١٤٥ / ١٤٦ على حيدر ردر الحكام شن مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٠٧ / ٣٠٨ مادة رقم ٨١٤ .

الاعيان ، لاتضمن الا بالتعدي فهو سبب ضمانها ولما كان الاصل ترتب
المسببات على اسبابها من غير تراخ ترتب الضمان حين التعدي .

أما اذا كانت العين المصارعة يتأب عليه ، كالثياب والحلى ونحو ذلك مما يمكن
احقاؤه ، وادعى المستعير ضياعها او تلفها دون ان ياتي ببينة على ذلك فتجب عليه
قيمتها حينئذ . وتقدر القيمة يوم قبض العين المصارعة ثم ينقص منها ما ينقصه الاستعمال
المأذون فيه خلال مدة عقد المصارعة . ولا فرق في ذلك بين ان يكون التلف قبل الاستعمال
او بعده ، فلو كانت قيمة العين المصارعة قبل الاستعمال عشرة . وبعد الاستعمال
المأذون فيه ثمانية فتلفت ولو قبل الاستعمال فانه يلزم المستعير بثمانية حينئذ
لا عشرة .

والى هذا التفصيل ذهب المالكية في اصح القولين عندهم في ذلك (١) .

ولعلمهم انما ذهبوا الى ذلك نظرا ، الى أن عقد المصارعة عندهم عقد ضمان
اذا كانت العين المصارعة مما يتأب عليه ، ومن هنا وجب عندهم تقدير

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ج ٦/ ١٢٣/ ١٢٤/ ١٢٥/ ١٤٥ شرح

الزرقاني على مختصر سيدي خليل ج ٦/ ١٣١/ ١٣٢/ ١٣٢/ ١٥٢ ، الدردير

الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ج ٣/ ٣٩١/ ٣٩٣/ ٣٩٤ .

وفي قول مرجح عند المالكية ان القيمة تقدر يوم اخروءية للعين المصارعة ،

عند المستعير ان تعددت رؤيتها لديه . وان لم تعدد رؤيتها عنده ضمن

الاكثر من قيمتها يوم قبضها ويوم تلفها . هذا اذا كان التلف بعد الاستعمال

المأذون فيه . اما لو تلفت قبل الاستعمال فانه يضمن قيمتها يوم انقضاء اجل

المصارعة على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه .

انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٩٨

قيمة المارة يوم قبضها من المميز على اعتبار انه سبب الضمان . (١)

ولما كانت القاعدة عندهم : ان من الزم نفسه محروفا لزمه ، كان عقد المارة لازما سواء اكانت المارة مطلقة او مؤقتة . فان كانت مطلقة لزم قد رما تمارا لثله وان كانت مؤقتة باجل او عمل لزم الى انقضاء ذلك الاجل او العمل (٢) - .

واذا كانت المارة لازمة فان ما ينقص بالاستعمال المادون فيه خلال مدة الاعارة ساقط ضمانه عن المستمير لالتزام المميز بالتهن به خلال هذه المدة ومن الزم نفسه محروفا فقد لزمه حينئذ لا يدخل في ضمان العين المارة .

وهذا ما يفسر قولهم بنعيم قيمة ما ينقصه الاستعمال المادون فيه خلال مدة عقد المارة بمقد نقدير قيمة العين يوم قبضها سواء كان التلف قبل الاستعمال او بعده . وهذا التفصيل في عارية ما يخاب عليه عند المالكية انما هو فيما اذا ادعى المستمير التلف او الضياع بدون تعدد منه ولم يات ببينة على ذلك كما اشارت الى ذلك قبل قليل .

أما اذا اعترف المستمير بتلفها او ضياعها بتعدد منه او تنصير اقامت البينة على ذلك فالذي يظهر من كون التمدد عندهم على اموال الغير سببا للضمان (٣) ، ان القيمة حينئذ تقدر يوم التمدد على العين المارة كما كان الامر كذلك عندهم في عارية ما لا يخاب عليه .

القول الثالث : اذا وجب ضمان العين المارة بالقيمة لزم حينئذ ان تقدر القيمة

(١) القراني - الفرق ج ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ . الفرق رقم (٢١٧)

(٢) انظر من هذه الرسالة .

(٣) القراني - الفرق ج ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ - الفرق رقم (٢١٧) .

يوم التلف • والى هذا القول ذهب الحنابلة والمصنفية فى اصح القولين عندهم (١) ،
وذلك نظرا الى ان قوات العارية يتحقق عند تلفها فوجب اعتبار الضمان به ولا نهى
لو اعتبرت مضمونة يوم القبض لدخل فى ذلك ما تلف فيها بالاستعمال الماذون فبمـ
وهو غير مضمون • (٢)

ويمكن ان ينادى بهذا القول واذا قبله • بما سبق من ان العارية امانة لا تضمن
الا بالتعدي او بالتقصير فى حقها بلا فرق فى ذلك بين عارية ما يشاب عليه وما لا يشاب
عليه •

واذا كان الامر كذلك فان التعدي حيثئذ هو السبب الموجب للضمان والاصل ترتب الصببات
على اسبابها من غير تراخ فيتربط الضمان حين التعدي لا بعد ذلك • ومن هنا
يجب ان تقدر القيمة يوم حد وشالامر الذى اوجب الضمان • (٣)

القول الرابع : تقدر قيمة العارية يوم قبضها عقب ثقتها بالاستعمال الماذون
فيه ان كانت قيمتها اكثر حيثئذ من قيمتها يوم تلفها اما ان كانت مساوية لـ
او اقل منها فتقدر يوم تلفها • والى هذا القول ذهب الحنابلة فى احد القولين
عندهم • وهو مبنى على ان العارية مضمونة على المستعير بكل حال • وان ما ينقضى
بالاستعمال الماذون فيه مضمون ايضا (٤)

(١) ابن مفلح - المبدع فى شرح القنن ج ٥ / ١٤٤ • المرداوى - الانصاف فى معرفة
الراجح من الخلاف ج ٦ / ١١٢ ابن قدامة - القنن ج ٢ / ٢٢٨ مطبع محاشيتة
لسليمان بن عبد الوهاب • الشيرازى - المذهب ج ١ / ٣٢١ الاردبيلي - الانوار
لاعمال الابرار مع حاشيتى الكشرى والحاج ابراهيم ج ١ / ٥٢٢ - الرافعى - فتح
المبزز شرح المجيز ج ١١ / ٣١٨ • مطبع محكمة المجمع شرح المذهب •
(٢) المراجع السابقة •

(٣) انظر : ص من هذه الرسالة • وانظر القرائى - الفرق ج ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩
الفرق ٢١٧

(٤) ابن قدامة - المبنى ج ٥ / ١٦٦ المرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف
ج ٦ / ١١٣ / ١١٤ - ابن عبد الوهاب حاشية القنن ج ٢ / ٢٢٩ • ابن مفلح
المبدع فى شرح القنن ج ٥ / ١٤٤ •

ويمكن ان يناقش هذا القول بما نقشه القول الثالث •

القول الخامس : تعد رقيمة المين المارة باقصى قيمة لها من يوم القبض الى يوم
الاتلاف ويصير مانقصة بالاستعمال الماذون فيه تابعا للمين فان سقط ضمانها
بالرد سقط ضمان مانقصة بالاستعمال الماذون وان وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان
مانقصة حينئذ والى هذا القول ذهب الشافعية في احد الاقوال عندهم • (١)

وذ لك نظروا الى ان المين المارة لو تلفت في حال زيادة قيمتها لوجب القيمة
الزائدة فاشبهت المخصوص في ذلك •

والمخصوص اذا تلف في يد الناصب الزم اقصى قيمة له من يوم النصب الى يوم التلف
عندهم خلافا للمالكية والاحناف في ذلك •

ويمكن ان يناقش هذا القول بما نقشه القول الثالث ايضا •

القول السادس : تعد رقيمة المارة يوم القبض تشبيها المارة بالقرض • والى
هذا القول ذهب الشافعية في احد الاقوال عندهم • (٢)

ويناقش هذا القول بما نقشت به الاقوال السابقة ايضا •

والذى يظهر لى رجحانه من الاقوال السابقة : القول الاول : اى ان المارة
اذا وجب ضمانها بالقيمة لزم حينئذ أن تعد رقيمتها يوم حدوث موجب الضمان
وموجب النسيان في عقد المارة : هو التمدى على المين المارة والتقصير في حقها
بلا فرق في ذلك بين مارة ما يثاب عليه ولا لا يثاب عليه كما سبق بيان ذلك أول

(١) الشيرازى - المذهب ج ١/ ٣٧٠ - الشربيني - مغنى المحتاج الى معرفة

معاني الفاظ النهاج ج ٢/ ٢٧٤ ١٠ رافعى - فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١/

٣١٨/ مطلبين مع تكملة المجموع شرح المذهب • النورى - روضة الطالبين

ج ٤/ ٤٣١

(٢) المراجع السابقة •

هذا الفصل . (١)

وإذا كان التمدى هو الموجب للضمان لنرجح أنه ان تقدر قيمة العين المعارة يوم
حدوثه قياساً على النصب في ذلك بجامع ان كلام التمدى على المعارة والنصب
عد وان على مال الخير . (٢)

والله اعلم بالصواب .

(١) انظر ص : من هذه الرسالة .

(٢) الهابري - شرح العناية على الهداية ج / ١٠ / ٩ / ٧ / ١٠ - الزيلعي - تبين
الحقائق من كثر الدقائق ج / ٥ / ٨٤ / ٧٥ / ٢٢٣ . الكاساني - بدائع
الصنائع في ترتيب الشرائع ج / ٩ / ٤٤٢٣ ، السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٣
١٤٦ / ١٤٥ - شرح الخرشى على مختصر سيدي خليل ج / ٦ / ١٢٥ - الدردير
الشرح الكبير معه حاشية الدسوقي ج / ٣ / ٣٩٣ / ٣٩٤ - القراني - الفروق
ج / ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ / ٣٠ - الفرق رقم ٢١٢

الواقع ان الفقهاء اختلفوا في العين المنصوبة ، أنقدر قيمتها يوم النصب
او يوم التلف . او أقصى قيمتها من يوم النصب الى يوم التلف .
ولل فقهاء في ذلك ثلاثة اقوال :

القول الاول : تقدر قيمة العين المنصوبة يوم النصب سواء ازادت قيمتها

قبل التلف ام نقصت والى هذا القول ذهب الاحناف والمالكية .

القول الثاني : تقدر قيمة العين المنصوبة بأقصى قيمتها من يوم النصب

الى يوم التلف . والى هذا القول ذهب الشافعية وهو رواية عن الامام احمد .

وذلك نظراً الى ان زوائد العين المنصوبة مضمونة بالنصب فاذا قدرت القيمة

يوم النصب ، لم تدخل قيمة الزوائد في الضمان وان قدرت قيمتها

يوم التلف لم يدخل في الضمان ما نقص منها بالاستعمال وغيره .

== القول الثالث : تندر قيمة المين المخصومة يوم التلف . وإلى هذا القول ذهب الحنابلة على أصح القولين عندهم . وذلك نظرا إلى أن يوم تلف المين المخصومة هو زمن الضمان ، فوجب تقدير القيمة يوم حلوله .

ولقد أجاب القرافي من المالكية عن ادلة الشافعية والحنابلة : " بأن الأسباب الشرعية تنفقر إلى نصب شرعي ولفظ صاحب الشرع اقتضى سببية وضع اليد - حيث قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تؤديه . وفهموه أن غير وضع اليد ليس بسبب فلا بد لسببه غيره من دليل . ولم يوجد وضع اليد في إثنياء الغصب بل استصحابها واستصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه بدليل أن استصحاب النكاح لا يقوم مقام المقد الأول لصحته مع الاستبراء . والمقد لا يصح مع الاستبراء . وكذلك الطلاق قد يوجب ترتيب الحدة عليه واستصحابه لا يوجب عدة ووضع اليد عدوانا يوجب التفسيق والتأثير ولو جن بعد ذلك وهي تحت يده لم يأم حينئذ ولم يفسق وأبتداء المبادات يشترط فيها النيات وغيرها من التكبيرات ونحوه ودوامها لا يشترط فيه ذلك فعلمنا أن استصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه لاسيما وسبب الضمان هو الأخذ عدوانا ولا يصدق عليه بعد زمن الأخذ أنه أخذ الآن الأعلى سبيل المجاز لأن حقيقة الأخذ تجب مجرى المناولة والحركات الخاصة لا يصدق مع الاستصحاب ، فعلم أن سبب الضمان منفي في زمن الاستصحاب قطعيا ونحن إنما نضمنه الآن بسبب مقدم لا بما هو حاصل الآن . "

ومن هنا نالذي يظهر لي ، أن المين المخصومة تندر قيمتها يوم نصبها كما هو قول المالكية والاحناف . وذلك نظرا إلى " أن ترتيب الحكم على الوصف يدل على غلبة ذلك الوصف لذلك الحكم . ورسول الله صلى الله عليه وسلم قدر ترتيب الضمان على الأخذ باليد . فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان فمن ادعى أن غيره سبب فعليه الدليل لأن الأصل عدم سببية غير ما دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم :

== * على اليد ما اخذت حتى ترد * فهذه قرينة تدل على سببية الاخذ كقولنا
على الزاني الرجم وعلى السارق القطع فانه يدل على سببية هذه الاوصاف وهو
في اثناء مدة الغضب لا يصدق عليه انه اخذ الان بل اخذ فيما مضى فوجب
ان يختص الغضب بما مضى *

ثم ان الاصل ترتيب المسببات على اسبابها من غير تراخ فيترتب الضمان حين
وضع اليد لا ما بعد ذلك * والمضمون لا يضمن لانه تحصيل الحاصل * وقياسا
على حوالة الاسواق فانها لا تضمن عندهم *

واذا ثبت بهذا * ان الممين المخصوصة تقدر قيمتها يوم الغضب لانه يوم حدوث
الموجب للضمان * فان الممين الممار تقدر قيمتها ايضا يوم حدوث موجب
ضمانها ولا موجب للضمان الممين الممار غير التمدي والتقصير *

وانما كانت الحارية في ذلك كالغضب لان الحارية امانة لا تضمن الا بالتمسدي
فاذا تمسدي المستعير اصبح بعد التمدي غاصبا او كالغاصب بجامع ان كلا
من المستعير والغاصب قد اعتدى على حق غيره * واذ اصبحت المستعير كالغاصب
وجب تقدير قيمته الممين الممار غير التمدي كما وجب تقدير قيمة الممين المخصوصة
يوم التمدي بالغضب *

انظر : القرافي - الفرق ج / ٤ / ٢٧ / ٢٨ / ٢٩ / ٣٠ - الفرق رقم ٢١٧ *
شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٢٥ * الدردير - الشرح الكبير
وصح حاشية الدسوقي ج / ٣ / ٣٩٣ / ٣٩٤ * الهابرت - شرح العناية على
الهداية ج / ٩ / ٢ / ٩ / ١٠ / ٢١٩ / ٢٢٠ * الزيلعي - تبين الحقائق شرح
كتر الدقائق ج / ٥ / ٨٤ / ٨٥ / ٣٢٣ - الكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب
الفرائع ج / ٩ / ٤٤٢٣ - السرخسى - المبسوط ج / ١١ / ١٤٣ / ١٤٥ / ١٤٦ *
الشيرازى - المذهب ج / ١ / ٣٧٥ - الانصارى - اسنى الطالب شرح رضا الطالب
ج / ٣ / ٣٤٧ - الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج / ١ / ٥٤٢ - الهبوش -
كتاب كشاف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ١٠٨ - المرداوى - الاضاف في معرفة
الراجح من الخلاف ج / ٦ / ١٩٤ *

الفصل الرابع

ضمان الزوائد والمنفعة

- البحث الاول : ضمان زوائد المين المعارة
- البحث الثاني : ضمان منفعة المين المعارة

المبحث الاول : ضمان زوائد المين المعمارة

اذا كانت المين المعمارة ، مما ينمو ويتوالد كالحيوان فان زوائدها حينئذ
اما ان تكون متصلة كالسمن والجمال ونحو ذلك او منفصلة كالنتاج .

وللفقهاء في حكم هذه الزوائد من حيث الضمان وعدمه اذا حدثت في يد المستعير
تفصيل ساحاول بيانه فيما يلي :

أولاً : ان زوائد المين المعمارة ، امانة اذا حدثت في يد المستعير فلا تضمن
الا بالتمدى عليها بالافرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والمنفصلة .

وذلك نظرا الى أن العمارة ، ان كانت امانة فزوائدها كذلك ، وان كانت
مضمونة فعقد العمارة لم يرد على تلك الزوائد فتكون خارجة عن حكم العمارة
لعدم وجود ما يوجب دخولها ، ومن هنا فهي امانة في يد المستعير لشببها حينئذ
بالوديعة .

والى هذا ذهب الحنابلة في اصح القولين عندهم . (١)

(١) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٢٢ / ٤ ، ابن مفلح - المبدع في
شرح القنق ج / ١٤٥ / ٥ ، ابن قدامة - المغني ج / ١٦٦ / ٥ ، البهوتي
- منتهى الارادات ج / ٣٩٢ / ٢ - المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح
من الخلاف ج / ١١٣ / ٦ ، ١١٤ . قال البهوتي من الحنابلة :

(وكذا لو تلف ولدها اى العمارة لذي سلم معها لانه لم يدخل في الاعارة
ولافائدة للمستعير فيه اشبه بالوديعة . فان قيل : تقدم ان الحمل وقت عقد
مبيع فعليه هنا يكون معارا . قلت : يفرق بينهما بان العقد في البيع
على المين بخلاف العمارة فانه على المنافع ولا منفعة للحمل يرد عليه
المقد وكذا اذا تلفت الزيادة التي حصلت في المين المستعمارة عند المستعير لم

وهو ظاهر ما ذهب اليه الاحناف . حيث ذكرنا في كتاب النصب ان زوائد المين المنصوبة اذا حدثت في يد الناصب فهي امانة لاتضمن الا بالتعدي او التقصير في حقها بلافرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والزوائد المنفصلة ، واستدلوا على ذلك : " بأن النصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تثويت اليد ، فلا يصير غاصباً فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع عند طلبه لان المنع تعدد " (١) .

والذي يظهر من كون زوائد المين المنصوبة غير مضمونة عندهم ، الا اذا تعدى الناصب عليها ان زوائد المين المعارة غير مضمونة ايضاً الا بالتعدي بطريق الاولى ان المين المنصوبة عندهم مضمونة مطلقاً سواء اتعدى عليها الناصب او لم يتعد ~~لا~~ ومع كونها مضمونة اعتبرت زوائدها امانة في يد الناصب اذا حدثت عنده بينما المين المعارة امانة عندهم لاتضمن الا بالتعدي او التقصير في حقها . وعلى هذا فان اعتبار زوائدها امانة حينئذ في يد المستعير اذا حدثت عنده الاولى بذلك من زوائد المين المنصوبة . ان ما تولد من عين غير مضمونة الاولى بعدم الضمان ~~بعضها~~ لانها لم يرد عليها عقد المارية ولم منه ان الزيادة لو كانت موجودة عند المقعد كما لو كانت الدابة سمينة فهزلت عند المستعير انه يضمن نقصانها قلت : ان لهذه في الاستعمال بالمعروف او بمرور الزمان . " البهقي - كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٢٢ / ٤ / بشئ من التصرف .

- (١) الزيلعي - تبیین الحقائق شن كنز الدقائق ج ٢٣٢ / ٥ . الرغيناني - الهداية شن بداية المبتدى ج ٣٤٨ / ٢ / ٩ / مطبع منكملة فتح التدبير والعناية وحاشية سعدى الحصكفي . الدر المختار شن تنوير الابصار ج ١٣٠ / ١٢٩ / ٥ / مطبع بحاشية ابن عابدين .

مما تولد من عين مضمونة •

والى مثل هذا القول ذهب الشافعية فى زوائد العين الممارسة المنفصلة كقولهم
الدابة ونحوه وذلك فى أصح القولين عندهم (١)

والذى يظهر ان الزوائد المتصلة كذلك امانة عندهم لانهم لا تضمن الا بالتمسك
او التقصير • اذ لا فرق فى الواقع بين الزيادة المتصلة والمنفصلة فكلاهما من
نتاج العين الممارسة •

شأن الراجح عند الشافعية ان العين الممارسة تضمن بقيمتها يوم التلف
كما سبق بيان ذلك فى الفصل الثالث من هذا الباب • (٢)

- (١) الانصارى اسنى الطالب - شرح روضة الطالب ج ٣٣٨/٢ - النوى -
روضه الطالب ج ٤٣١/٤ • الشيرازى - المذهب ج ٣٢٠/١ • حاشية
المبادئ على تحفة المحتاج ج ٤٢١/٥ •
قال الانصارى من الشافعية " ولو ولدت الدابة فى يد مستعيرها فالولد
امانة ولو ساقها المستعير فبيعها ولدها والمالك ساكت ينظر • فالولد
امانة لانه لم يأخذ • للانتفاع به بل ائتمنر حفظه بدونه وانه وذلك امانة شرعية
كما لو طيرت الريح ثوبا الى داره فاذا تمكن من رده ولم يرد • ضمنه • "
انظر : الانصارى - اسنى المطالب شرح روضة الطالب ج ٣٢٨/٢ • بتصرف •
وقال الرملى الكبير تعليقا على الكلام السابق : " قوله ولو ساقها المستعير
فبيعها ولدها " قال فى الانوار • " الا ان يتمنر الانتفاع بالام بدونه
فيضمنه ايضا وكتب ايضا قال ابن عماد : ما اطلقه من عدم الضمان فى الولد
التابع ينقض تقييده • بما اذا علم المالك بان الولد قد تبعه فان لم يعلم
فكالحادث واولى بوجود الضمان لانه السبب فى اخراجه عن حوزة المالك
ويده • اذ • قال ابن قاضي شهابه : وفيه نظر • انظر حاشية الرملى
الكبير على اسنى المطالب ج ٣٢٨/٢ •
(٢) انظر ص من هذه الرسالة •

وفي كون المين المارة مضمونة بقيمتها يوم التلف إشارة الى أن زوائدها المتصلة غير مضمونة إذ لو كانت مضمونة لوجب تقدير قيمتها بأرفع سعر لها من يوم القبض الى يوم التلف لتدخل قيمة الزوائد المتصلة في الزمان .

ثانيا : ذهب الحنابلة في أحد القولين عندهم الى أن زوائد المين المارة بالحادثة في يد المستعير مضمونة عليه إذا تلفت ولو بلا عمد أو تقصير بالفرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والمنفصلة .

والى هذا ذهب الشافعية في الزوائد المنفصلة على أحد القولين عندهم في ذلك وهو ظاهر أحد القولين أيضا في الزوائد المتصلة . (١)

ويملل الحنابلة لذلك بان زوائد المين المارة زوائد عين مضمونة فوجب ضمانها كولد الدابة المخصصة (٢) .

لا يرضى
ويمكن ان يجاب عن ذلك : بان ولد المخصصة إذا لم يكن مخصصا وكذلك زوائد المين المارة إذا لم تكن موجودة حين عقد المارية وإنما يضمن ولد المخصصة إذا كان مخصصا فلا اثر لكونه ولدا لها (٣)

(١) ابن مفلح - المبدع في شرح القنقج / ١٤٦/١٤٥/٥ - ابن قدامة - المغنى ج / ١٦٦/٥ ، النووي - روضة الطالبين ج / ٤٣١/٤ - الرافعي - فتح البئر شرح الوجيز ج / ٢١٨/١١ ، مطبوع بمكة المجمع شرح المذهب ، الشيرازي - المذهب ج / ٣٧٠/١ .

(٢) ابن قدامة - المغنى ج / ١٦٦/٥ - ابن مفلح - المبدع في شرح القنقج ج / ١٤٥/٥ - ١٤٦/ ابن رجب - القواعد في الفقه الاسلامي / ١٦٧ ، قاعدة رقم (٨٢)

(٣) المراجع السابقة .

ثم لا يسلم ان العين المحارة مضمونة حتى يعتبر ضمانها دليلا على ضمان زوائدها اذ قد سبق ان الراجح كون العين المحارة أمانة لاتضمن الا بالتعدي (١)

ومن هنا فالذي يظهر ان زوائد العين المحارة امانة في يد المستمير لا يجب ضمانها الا عند وجود ما يوجب الضمان وهو التعدي وذلك لانها اموال متولدة من عين غير مضمونة فلا يجب ضمانها تبعا لاصولها الا عند قيام الموجب لذلك .

والله تعالى اعلم .

البحث الثاني : ضمان منفعة المين الممارسة

الاصل في منفعة المين الممارسة عدم الضمان اذ يقتضى الممارسة ، التبرع
بمنفعة المين الممارسة بلا خلاف بين الفقهاء في ذلك سواء منهم القائلين بـ
الممارسة تملك منفعة بلا عوض او القائلين بانها اباحة الانتفاع .
الا أنه قد يعرض ما يوجب ضمان منفعة المين الممارسة وفيما يلي سحاول
بيان ما يوجب ضمانها عند الفقهاء .

وقبل ذلك يحسن أن أبين ولو بإيجاز اراء الفقهاء في مالية المنافع وحكم
ضمانها ومن هنا نالك الكلام في هذا البحث في مطلبين :

المطلب الاول : في مالية المنافع وحكم ضمانها

المطلب الثاني : فيما يوجب ضمان منفعة المين الممارسة .

المطلب الاول : مالية المنافع وحكم ضمانها

اختلف الفقهاء في المنافع هل تعتبر مالا يمكن تقويمه اولا يعتبر كذلك ولهم
في هذا الامر قولان :

- (١) انظر في ما يبعدها من هذه الرسالة . وانظر : ابن نجيم - البحر
الرائق شن كنز الدقائق ج ٢٨٠/٧ وه النفراوي - التواكه الدواني
ج ٢٣٤/٢ الرطبي . غاية البيان / ٢١٤ ه ابن مقلح - المده في شرح
المقنع ج ١٣٧/٥ - الرافعي - البحر الزخار الجامع لهذا اذهب علماء الاصار
ج ١٢٦/٥ - ابن حزم - المحلى ج ١٦٨/٩ مسألة رقم (١٦٤٩) .

القول الاول : تعتبر المنافع اموالا يمكن تقويمها ضمن عقد اليجار وغيره • والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم والظاهرى والشيعة الزيدية (١) ،

القول الثانى : لا تعتبر المنافع اموالا وبالتالى فلا يمكن تقويمها الا ضمن عقد اليجار او شبيهته •

والى هذا القول ذهب الاحناف (٢) وانما لم يعتبر المنافع عندهم اموالا متقومة "لان صفة المالية للشيء انما تثبت بالعمل والتحول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة والمنافع وان امكن الانتفاع بهما ولكنهما مما لا يمكن حيازتهما اذ هى اعراض تتجدد بتجدد اوقاتها وتحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان فكما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها

(١) الدردير - الشرح الكبير ج ٣ / ٤٠٦ ظ / ٤٠٨ شرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل ج ٦ / ١٣٨ - السيوطى - الاشياء والنظائر / ٣٢٧ ، الرملى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٥ / ١٥٠ / ١٦٨ - الانصارى - شرح المنهاج ج ٣ / ٤٨٢ مطبوع بهامش حاشية الجمل • البهقى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٣ / ١٥٢ - ابن حزم - المحلى ج ٨ / ١٣٥ / ١٣٩ مسألة رقم ١٢٥٩ المرتضى - البحر الزخار الجايع لاهل علماء الازهار ج ٥ / ١٧٧ • الخفيف - المنافع / ١٠١ - الخفيف - احكام المعاملات الشرعية ٣ / سليمان محمد ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ج ١ / ٦٢

(٢) السرخسى - المبسوط ج ١١ / ٧٨ / ٧٩ الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ / ٢٣٣ / ٢٣٤ • ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ / ١٣٩ / ١٤٠ • المنافع / ٩٩ / ١٠٠ - سليمان محمد ضمان المتلفات ج ١ / ٦١ •

التمول ، ولا يتصور فيها الائتلاف ايضا لانه لا يتصور وروده عليها قبل وجودها
لعدمها ، انعدام لا يعدم ولا عند وجودها لانها بسبب ارتباطها بالزمن ،
وتجددها معه تنعدم بانعدام لحظاته ولذا فانها تنعدم حين توجد ويكـون
انعدامها مقارنا لوجودها فلا يتصور فيها ائتلاف يصادف لها بقاء لان الائتلاف
عبارة عن قطع لبقاء والابقاء له لا يتصور ائتلافه .

على هذا فالمنافع لا تضمن عند هم بالائتلاف بخير عقد ولا شبهة عقد لانها ليست
باموال مقومة بانفسها وانما ورد تقويمها في الشرع بعقد الاجارة على خـلاف
القياس للحاجة وذلك باعتبار اقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة لاجل الضرورة
التي اقتضت ذلك لحاجة الناس الى انتفاع بعضهم ~~ببعضهم~~
الآخر ، من اعيان ليس ^{لهم} مثلها ، وليس في استغلالهم شراؤها ومعاملاتهم
ومصالحهم تتوقف عليها ولهذا كان تقويمها في عقد الاجارة على خلاف القياس
امرا اقتضته الضرورة والضرورة تقدر بقدرها ومثبت على خلاف القياس يقتصر
فيه على مورد النص * (١) . ويمكن ان يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الاول : ان المنافع وان لم تكن محوزة كالاعيان الا انها اعتبرت مما يمكن
حيازته لاحراز ما قامت به وهو العين فان من يحوز سيارة فعلا يجوز له ان يمنع
غيره من الانتفاع بها الا باذنه .

واذا كانت المنافع محوزة بحيازة اصلها امكن حينئذ تقويمها * (٢)

(١) سليمان محمد - ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ج ١/٦١/٦٢ بشئ من
التصرف . وانظر - المراجع السابقة .

(٢) الخفيف - المنافع / ١٠١/١٠٠ . الخفيف - احكام المعاملات الشرعية / ٣٠

ويمكن ان يرد على هذه المناقشة : بان احراز المنفعة باحراز عينها
احراز ضمنى • والاحراز الضمنى لا يقتضى التقوم • فان الكلا فى الارض المملوكة
محرز باحرازها ومع هذا فلا يعتبر مالا متقوما لان احرازه بها احراز ضمنى (١)

ويمكن ان يدفع هذا الایراد : "بانه لما يرد اذا كان المخالف يرى ان مثله
هذا الاحراز الضمنى لا يكتفى فى ثبوت التقوم اما اذا كان كافيا كما يرى بعض الذين
يقولون ان المنافع اموال وان الاكلا فى الارض المملوكة مال متقوم كالمالكية ، فلا
ينقض هذا جوابا عندهم • لانه يكون حينئذ من رد الامر المختلف فيه الى امر مختلف
فيه ايضا " (٢)

الوجه الثانى : قد لا يسلم ان تقوم منافع العين المؤجرة ضمن عقد الایجار
على خلاف القياس •

وبان ذلك : ان المخالفين استدلوا على اعتبار الاجارة على خلاف القياس : بان
الاجارة بيع معدوم وينع المدموم على خلاف القياس •

" وهاتان مقدمتان مجملتان فان قولهم الاجارة بيع ان ارادوا انها البيع الخاص
الذى يعقد على الاعيان فهو باطل وان ارادوا البيع العام الذى هو معاوضة
اما على عين واما على منفعة فتقولهم فى المقدمة الثانية : ان بيع المدموم لا يجوز
انما يسلم ان سلم فى الاعيان لانى المنافع •

(١) المرجعين السابقين

(٢) المرجعين السابقين

وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ، بل ولا عن أحد من الصحابة ان يبيع
المعذور لا يجوز لالفاظ عام ولا بمعنى عام وإنما فيه النهي عن بيع بعض الاشياء
التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع بعض الاشياء التي هي موجودة وليس المصلحة
في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيع الثمر (١) والتمر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا
او معدوما كالعبد الابقي والهمير الشارد ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه
بل قد يحصل وقد لا يحصل هو غرر لا يجوز بيعه . وان كان موجودا فان موجب
البيع تسليم المبيع والبائع عاجز عنه ، والمشتري انما يشتريه مخاطرة وقامرة
فان أمكنه اخذه كان المشتري قد قمر البائع . وان لم يمكنه اخذه كان البائع
قد قمر المشتري وهكذا المعذور الذي هو غرر نهى عن بيعه لكونه غررا لا لكونه
معدوما .

(١) هذا الحديث أخرجه الجماعة من حديث ابن هريرة ، إلا البخاري
وقد أخرجه الامام مسلم في كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع
الذي فيه غرر . وذلك بلفظ : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع الحصاة وعن بيع الثمر وقيل ان بيع الحصاة : ان يقول بعتك من هذه
الاثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرى الحصاة . او من هذه الارض ما انتهت
اليه في الرعي .

انظر : الشوكاني — نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير ج ٢٤٣/٥
صحيح مسلم ج ٣/٥ .

ثم ان الشارع قد صحح بيع المعدم في بعض المواضع فانه ثبت عنه فـسـى
غير وجه انه نهى عن بيع الثمر حتى يبد وصلاحه (١) .

ففرق بين ظهور الصلاح وعدم ظهوره . فأحل أحدهما وحرم الآخر ، ومعلوم
انقبل ظهور الصلاح لو اشتراه بشرط القطع كما يشترى الحصرم (٢) ليقطع
حصرا جاز بالاتفاق وانما نهى عنه اذا بيع على انه باق فيدل ذلك على
انه جوز بعد ظهور الصلاح ان يبيعه على البقاء الى كمال الصلاح وهذا مذهب
جمهور العلماء ومن جوز بيعه في المضمين بشرط القطع ونهى عنه بشرط
التبعية او مطلقا لم يكن عنده لظهور الصلاح نائدة ولم يفرق بين مانهى عنه
النبي صلى الله عليه وسلم وما اذن فيه صاحب هذا القول بقول : موجب العقد
التسليم عقبيه . فلا يجوز التأخير . فيقال له : لا تسلم ان هذا موجب العقد ،
اما ان يكون ما اوجبه الشارع بالعقد او ما اوجبه المتعاقدان انفسهما وكلاهما
مفتى فلا الشارع اوجب ان يكون كل بيع مستحق التسليم عقب العقد ولا المتعاقدان

(١) هذا الحديث رواه الجماعة ، ما عدا الترمذى وقد أخرجه البخارى وسلم
في كتاب البيوع . باب بيع الثمار قبل ان يبد وصلاحيها وذلك بلفظ : " أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبد وصلاحيها
نهى البائع والمبتاع " .

انظر صحيح الامام البخارى ج / ٣ / ٦٨ . صحيح الامام مسلم ج / ٥ / ١١ ،
الشوكانى نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ج / ٥ / ٢٢٥ .

(٢) الحصرم : الثمرة قبل النضج وحشفت كل شئ . انظر الزيات - المجموع
الوسيط ج / ١ / ١٢٨ مادة (حصرم) .

التزما ذلك • بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما اذا باع مميننا
بدين وثارة يشترطان تاخير تسليم الثمن كما في السلم وكذلك في الاعيان. (١)

ومن هنا فالذى يظهر لى رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من ان المنافع
اموال يمكن تقويمها •

وذلك نظرا الى أن المنافع مما يجرى فيها البذل والمنع فمن ملك دارا
اوارضا اوسيارة او غير ذلك من الاعيان المنتفع بها ملك ان يبذل منافعها لمن
يشاء كما يملك منع من يشاء عنها •

وجريان البذل والمنع في المنافع دليل على ماليتها كما كان البذل
والمنع دليلا على مالبة الاعيان •

ويؤيد هذا ان البذل والمنع لا يجريان في الاعيان لذاتها ، وانما لما تشتمل
عليه من منافع فالسيارة تشتري لمنفعة الركوب والدار تشتري لمنفعة السكنى وهكذا
سائر الاعيان انما تطلب لما تحتوي عليه من منافع اذ لو لم تشتمل على المنافع القصودة
لما طلبت ولا حرص احد على منمها •

وهل هذا استمر عمل الناس في اسواقهم فلا تعتبر الاعيان اموالا في اصطلاحهم
ما لم تكن ذات منافع يمكن استيفائها في الحال كالقرش والا واني ونحوها
او يرجى استيفائها بعد فترة كصغار الحيوان ونحو ذلك • فالمدار على المنفعة
ان عاجلا او آجلا •

(١) ابن تيمية - القياس في الشرع الاساسي ٢٢/ وما بعدها من صفحات
بشيء من التصرف •

ومن هنا يصعب القول بعدم مالية المانع وهي التي من أجلها كانت
الاعيان اموالا يجرى فيها المنع والبذل اذ هي بهذه الصفة اولى باطلاق
لفظ المال عليها من الاعيان المالية •

وليس من المسم ان تتوفر الحيابة الحسية للشئ ، لكى يعتبر مالا مقوصا
وانما يكفى ان يحاز بحيابة اصله •

والمنفعة من هذا القبيل فهي محوزة بحيابة اصلها واذا وجدت وجدت
بحيابة لحيابة العين المشتملة عليها • وهذا الحوز يتحقق للمنفعة صفة المالية
والتقوم •

قد جاء في الكتاب الكريم ما يدل على ذلك • فقد قال الله سبحانه وتعالى
يحد تعداد المحرمات من النساء : * وأحل لكم ما وراء ذلكم ان تهتفوا باموالكم
محصنين غير مسافحين * (١)

قال القرطبي عند تفسير هذه الآية : * اباح الله تعالى الفرج بالاموال ولم
يفصل فوجب اذا حصل بغير المال ان لا تقع الاباحة لانها على غير الشرط المأذون
فيه * (٢) • وقد جاء في القرآن الكريم ما يدل على جواز اعتبار المنفعة صداقا
قال الله تعالى عند ذكر قصة موسى وشعيب عليهما السلام : * ولما ورد ماء مدين
وجد عليه امة من الناس يسقون ••• (٣) الى ان قال حكاية عن شعيب :

(١) سورة النساء اية رقم (٢٤)

(٢) القرطبي - الجامع لاحكام القرآن ج ٥ / ١٢٧

(٣) سورة القصص اية رقم (٢٣)

"قال انى أريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على أن تاجرني ثمان حجج فان اتممت عشرا فمن عندك • وما اريد ان أشق عليك ستجدني ان شاء الله من الصالحين" (١) قال ذلك ليعبئ وينك ايها الاجلين قضيت فلاعدوان على والله على ما نقول وكيل" (٢)

فدللت الآية الكريمة على مشروعية الا صداق بالمنفعة • وقد انعقد على ذلك اجماع ائمة المسلمين ولما كان الصداق بموجب الآية السابقة لا يكون الا مالا • كان في الآية دليل قوى على اعتبار المنافع اموالا • (٣)

واذا ثبت بهذا ان المنافع اموال يمكن تقويمها وجب حينئذ ضمانها اذا فوتت على مالكيها بدون اذن منه سواء استغلت او لم تستغل قياسا على الاعيان فمضى ذلك بجامع ان كلا منهما مال يمكن تقويمه فوجب ضمانه عند حدوث ما يبرجه (٤) •

(١) سورة القصص اية رقم (٢٧)

(٢) سورة القصص اية رقم (٢٨)

(٣) الخفيف - المنافع / ١٠٢/١٠١ - سليمان محمد - ضمان المتلفات في الققه الاسلامي ج / ١ / ٦٢ / ٦٣ • الزرقا - المدخل الى نظرية الالتزام العامة ج / ٣ / ٢٠٨ / ٢٠٩ •

(٤) ولا اعلم خلافا بين الفقهاء القائلين بمالية المنافع في هذا الامر الا ان المالكية يفرقون بين غاصب الذات وغاصب المنفعة فمن قصد باخذ الممين الانتفاع بها فقط فهو غاصب للمنفعة • ومن قصد باخذها الاستيلاء عليها فهو غاصب للممين عندهم •

فإذا كان الغاصب غاصبا للمنفعة فيجب عليه ضمانها سواء استوفى المنفعة

والله تعالى أعلم بالصواب .

== أولم يستوفها ويعتبر المستعير حال التعدي عندهم في حكم غاصب المنفعة .

أما إن كان غاصبا للعين فلا يضمن المنفعة بالم يستوفها على المشهور عندهم
أما جمهور الفقهاء فلا فرق عندهم بين غصب الذات وغصب المنفعة ففى
كلا الحالين يجب على الغاصب ضمان المنفعة سواء استوفها أو لم
يستوفها .

ومن أراد التوسع في هذه المسألة فليراجع : كتب الغصب عند الفقهاء
ففيها حول هذا الموضوع كلام طويل جيد .

انظر : الدردير - الشرح الصغير ج ٢/٢١٩ - شرح الخرشى على مختصر
سيدى خليل ج ٦/١٣٢/١٤٣ . ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية
المتصدد ج ٢/٣٢١ .

الشرينى - معنى المحتاج الى معرفة الالفاظ للمنهاج ج ٢/٢٨٦ ،
الرائى - فتح العزيز شرح الوجيز ج ١١/٢٦٢ . الرملى - نهاية
المحتاج الى شن المنهاج ج ٥/١٦٨ .

البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٤/١١١ . ابن مفلح -
الهدى فى شرح القنق ج ٥/١٨٥ . المرداوى - الانصاف فى معرفة
الراجح من الخلاف ج ٦/٢٠١ .

سليمان محمد - ضمان المتلفات فى الفقه الاسلامى ج ١/١٨٥ وما بعدها
من صفحات .

المطلب الثاني : ما يوجب ضمان منفعة المين المعارة :

لما كان عقد المعارة عقد تبرع بالمنفعة بلا خلاف اعلمه بين القضاة في ذلك
كان الأصل عدم ضمان منافع المين المعارة .

الا انه قد يعرض ما يوجب ضمانها وساحاول بيان ذلك في المسائل التالية :

- المسألة الاولى : استحقاق المين المعارة .
- المسألة الثانية : تعدى المستعير بما يوجب ضمان المنفعة
- المسألة الثالثة : لزوم عقد المعارة .

المسألة الاولى : استحقاق المين المعارة :

اذا استوفى المستعير منافع المين المعارة ثم ظهر استحقاق المين لغير
معيها فللقضاة في ضمان المنفعة على المستعير تفصيل هو كما يلي :

أولاً : اذا استحققت المين المعارة لغير معيها فلما لكها حينئذ ان يضممن

المعير او المستعير منفعة المين المعارة باخذ اجرة مثلها من ايها شاء .

أما المعير فلانه تعدى بدفع المين المستحقة لمن يتفقها بدون ان مستحقها

وأما المستعير فلقبضه مال غيره بدون ان نه .

وهل هذا فان ضمن المستحق المعير رجوع على المستعير بما ضمن ان كان

المستعير عالماً بالاستحقاق لانه استوفى منافع يعلم ضمانها فيلزمه الضمان

ويستقر عليه وان لم يكن المستعير عالماً فلا رجوع للمعير عليه لانه مفسرور

من المعير ان قد استوفى المنفعة على اساس انها ملوكة للمعير لا لغيره

فلا يلزمه بدل المنافع التي استوفىها لدخوله على عدم ضمانها .

أما ان اختار المستحق تضمين المستعير فيرجع على المعتبر حينئذ بما ضمن
مالم يكن عالما بالاستحقاق حيث يستقر الضمان عليه لما سبق .
والى هذا التفصيل ذهب الحنابلة (١)

ثانياً : ذهب الشافعية الى مثل ما ذهب اليه الحنابلة في الجملة ، الا ان ضمان
المنافع التي استوفىها المستعير يستقر عليه عندهم في اظهر القولين
سواء كان على ما بالنصب او غير عالم به . قالوا لانه المباشر لا تـ
المنافع (٢)

ويمكن ان يناقش هذا بما سبق عن الحنابلة بان المستعير ان لم يكن عالماً
بالنصب كان حينئذ مـ
بالنصب كان حينئذ مـ
ثالثاً : ظاهر ما ذهب اليه الاحناف ان العين المارة اذا استحققت لتغير مـ
فليس لمستحقها الا اخذها دون ان يرجع بضمان ما فات من منافعها
في يد المعتبر والمستعير وما استوفاه احدهما او كلاهما .

- (١) البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٢٤ / ٤ ، ابن قدامة - المشنى
ج / ١٢٣ / ٥
وفي وجهه عند الحنابلة : ان المستحق اذا طلب من المستعير ضمان المنافع
التي استوفىها فضمنها فلا يرجع بتضمينها على المعتبر لانه انتفع بالمعتبر
المارة ومن هنا فقد استوفى بدل ما غرم . انظر : ابن قدامة - المشنى
ج / ٢٠٤ / ٥ . ابن مفلح - المبدع في شن المقتنع ج / ٢٢٢ / ٥ - النووي ،
روضة الداليل ج / ٤٣٢ / ٤٣٣ - الرافعي - فتح العزيز شرح الوجيز
ج / ٢٢٠ / ١١ - الانصاري - اسنى الطالب ج / ٢ /
٣٢٩ - الشيرازي - المذهب ج / ١ / ٣٢٠ .

لما سبق من ان المنافع عند الاحناف ، لا تمتدح مالا ، ان لا يمكن تقويمها
الا ضمن عقد الايجار او شبهته والمنافع في هذه المسألة لم تفت ضمن عقد
ايجار ولا ضمن شبهته فلا يمكن تقويمها وبالتالي فلا ضمان لها .
ويمكن ان يناقش هذا بما سبق من ان المنافع اموال يمكن تقويمها
و ضمانها (١) .

ومن هنا ، فالذي يظهر لي ان ما ذهب اليه الحنابلة في هذه المسألة
هو الراجح ، لقوة ما استندوا عليه في ذلك فيما يبدو لي . والله اعلم بالصواب .

(١) انظر : ص من هذه الرسالة . وانظر : ابن عابد بن قرة عيون
الاخبار تكملة المختار ج / ٨ / ٣٨٩ .

يحسن ان اشير هنا الى امرين :
الامر الاول : ان المالكية لم يذكروا فيما اطلعت عليه من كتبهم شيئا عن
استحقاق العين المعارة .

الا انهم ذكروا في كتاب الفصب ان الخاصب اذا وهب العين المفصولة
وكان الموهوب له عالما بالفصب فللمستحق حينئذ ان يرجع على الفاصب
بما استغله الموهوب له ان كانت العين قائمة او ان يرجع بذلك على
الموهوب له فللمستحق تضمين ايها اراد .

اما اذا لم يكن الموهوب له عالما بالفصب فلا يغير المستحق في الضمان
بين الفاصب والموهوب له وانما يبدأ بالفاصب فيأخذ منه قيمة الخلفة
التي استغلها الموهوب له . فان اعسر الفاصب او لم يوجد او وجد ولم
يقدر عليه فيرجع حينئذ على الموهوب له ، لانه المستهلك ، ثم لا يرجع
الموهوب له على الفاصب بشيء على الاصح ، لانه يقول : وهبتك شيئا
لم يتم لك .

هذا ما ذكره المالك في كتاب الفصب عن غلة العين الموهوبة اذا استحققت
لغير واهبها . ويحتمل والله اعلم ان ما فصلوه هنا ، يجري كذلك في غلة
العين المعارة اذا استحققت لغير معيرها . ان لا فرق بين الهبة والمعارية
غاية ما هنالك ان المعارية : تملك المنفعة بغير عوض والهبة تملك العين
بلا عوض . =

.....
== انظر التسولي - المهجة في شن التحفة ج ٢/ ٣٥١ • الدردير - الشن

الكبير ومعه حاشية الدسوقي ج ٣/ ٤١١ •

الامر الثاني : ان الشافعية والحنابلة يرون ان المين المعارة اذا استحققت
لغير مبيعها ثم تلقت كان للمستحق ان يرجع بضمان المنفعة والمين مما
على المبيع او المستمير •

ولعلمهم انما ذكروا الى ذلك نظرا الى ان المعارة عندهم مضمونة بقيمتها
يوم التلف • واذا اضمنت بقيمتها يوم التلف بقيت المنافع التي استوفها المستمير
بدون ضمان وضمانها لا يلزم عدم الاذن من مالكيها باستيفائها فتضمن
حينئذ •

والواقع ان المين المعارة امانة لا تضمن الا بالتعدي • ولما كان التعدي
هو الموجب للضمان وجب ان تقدر القيمة يوم حدوثه كما سبق بيان ذلك •
ولما كان المستمير في هذه المسألة مستميرا من غاصب فهو متعدي يقبض
المين منه فتقدر القيمة يوم القبض لانه الموجب للضمان •
واذا اضمنها بقيمتها يوم القبض كانت المنافع التي استوفها انما حدثت فيما
ضمنه بالقيمة فلا يلزمه ضمانها •

ومن هنا فلا يرجع المستحق في هذه المسألة بضمان المنفعة وضمان المين
معا وانما يخير بينهما فما اختاره منهما اخذه • وخيرته تنفي ضرره •
وهذا ظاهر ما ذهب اليه المالكية •

ولعله الراي الراجح لما سبق من ان المعارة تقدر قيمتها يوم التعدي •

انظر : من هذه الرسالة /

وانظر النووي - روضة الطالبية ج ٤/ ٤٣٢/ ٤٣٣ • الرافعي - فتح الميز

شن الوجيز ج ١١/ ٢٢٠ - الانصاري - اسنى الطالب شرح روضة الطالب

ج ٢/ ٣٢٩ - البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٤/ ١٠٠/ ١٠٢

المسألة الثانية : تعدى المستعير بما يوجب ضمان المنفعة :

إذا تعدى المستعير فجاوز تقييد المميز الى ما هو اكثر ضررا من التقييد وجب على المستعير حينئذ اجرة مثل ما زاد عن التقييد بلا خلاف بين المالكية والشافعية والحنابلة (١) وذلك نظرا الى ان المستعير لا يملك استيفاء منفعة المميز الممارسة الا من جهة المميز لانه صاحب الحق فيها ومن هنا فلا يجوز للمستعير استيفاء تلك المنفعة الا على الوجه الذي اذن له المميز فيه من تقييد او اطلاق .

فإذا جاوز تقييد المميز الى ما هو اكثر ضررا فقد استوفى منافع لم يأذن المميز باستيفائها ومن انتفع بما لم يذره وجب عليه ضمان ما استوفاه من منافع خلافا للاحناف في ذلك .

-
- == ابن قنبلج - المبدع في شرح المقنع ج ١٧٢/٥ - ابن قدامة - المسمى ج ٢٠٤/١٧٣/٥ - التسولي - المهجة في شرح التحفة ج ٣٥١/٢ ، الدردير - الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي ج ٤١١/٣ - شرح الخرشى على مختصر سيد خليل ج ١٤٧/١٢٥/٦ .
- (١) الجعلى - سراج السالك شن اسهل المسالك ج ١٦٨/٢ حاشية الدسوقي على الشن الكبير ج ٣٩٤/٣٩٣/٣ شن الخرشى على مختصر سيد خليل ج ١٢٦/١٢٥/٦ حاشية القليوبي على شن منهاج الدين البين ج ٢١/٣ ، الاردبيلي - الانوار لاعمال الابرار ج ٥٢٣/١ - الرافعي - فتح الميزان شن الميزان ج ٢٢٢/١١ - ابن قدامة - المسمى ج ١٧٣/١٧٢/٥ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقناع ج ٧٢/٦٨/٤ - ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج ١٤٢/٥ .

ولهذا فيجب على المستعير أجره مثل ما زاد عن القيد (١)
ومن صور التمدي الموجب لضمان المنفعة :

- أن يستعير شخص سيارة مثلاً من مكة الى الدائف فيذهب بها الى الدائف ثم يمدى ويذهب بها الى أبها .
 - أو أن يستعير سيارة ليحمل عليها الفكيكو من القمح مثلاً فيحمل عليها الالف ويزيد عليها خمسمائة كيلو .
 - أو ان يستعير كتاباً لمدة عشرة ايام فيقيه عنده عشرين يوماً .
 - أو ان يستعير داراً ويأجرها بدون اذن المير
- الى غير ذلك من الصور .

المسألة الثالثة : لزوم عقد العارية :

سبق أن الاصل في العارية الجواز الا انه قد يعرض لها ما يجعلها
لازمة الى مدة معينة كما اذا ترتب على الرجوع عن عقد العارية ضرر بالمستعير
وقد امكن تلافى هذا الضرر ببقاء المدين المعاراة في يده الى مدة معينة فتبقى المدين
حينئذ في يده الى انتهاء تلك المدة باجرة مثلها جميعاً بين الحقتين حق المير في
استرداد المدين المعاراة وحق المستعير في دفع الضرر عنه .

والى هذا القول ذهب الاحناف واليه ذهب الحنابلة في احد القولين عندهم
كما ذهب اليه الشافعية الا انهم يستثنون من ذلك بعض الصور التي يــــرون
فيها بقاء المدين المعاراة في يد المستعير بدون اجر .

(١) المراجع السابقة . وانظر من هذه الرسالة صفحة

وفي قول عند الحنابلة ان العين المارة في هذه المسألة تبقى في يد
المستعير ومن اجر مدلقا لان عقد المارة يقتضي الانتفاع بدون عوض •

وقد سبق بيان احوال الفقهاء في هذه المسألة وادلتهم وقد اتضح لسي
هناك ان الراجح : بقاء العين المارة في يد المستعير باجرة مثلها الى حين
ارتفاع الضرر عنه فلا داعي لاعادة التفصيل في هذه المسألة (١)

والانتهاء من هذه المسألة نأتى الى ختام الفصل الرابع من الباب الخامس
وهو ينتهى هذا الباب • فارجو أن اكون قد وثقت في بحث مسائله •
والله المستعان •

الباب السادس : في الاختلاف بين المميز والمستميز

الفصل الأول : في الاختلاف في ملكية الممين المعارة

الفصل الثاني : في الاختلاف في انشاء عقد المعارية

الفصل الثالث : فيما ينشأ من اختلاف بحد انشاء عقد المعارية

الفصل الأول : الاختلاف في ملكية الممين المعارة

=====

إذا طلب الممير ، رد الممين المعارة ، فوجدها المستمير ، وادعى ملكيتها ،
أما أن تكون لمدعى الاطارة بينة ، ولا بينة لمنكرها ، وأما أن لا تكون لمدعى الاطارة
بينة ، وأما أن تكون لكل منهما بينة :

فإن كان لمدعى الاطارة بينة ، ولا بينة لمنكرها ، فللقهاء في ذلك قولان :
القول الأول : يحكم لمدعى الاطارة بملكية الممين ، استنادا للبينات التي قدمها ، وإلى
هذا ذهب جماهير الفقهاء (١)

القول الثاني : لا يحكم لمدعى الاطارة بملكية الممين ، بمجرد البينة فقط ، بل لا بد
من أن يظف على ما ادّعه أيضا ، وإلى هذا ذهب ، شريح ، وعون بن عبد الله ،
والنخعي والشمسي ، وابن أبي ليلى ، وروى عن شريح أنه قال لرجل : لو اثبت ضدّي
كذا وكذا شاهدا ، ما قضيت لك حتى تحلف (٢) .
ولم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقه ، دليلا لأصحاب هذا القول ، حتى يمكن

١ / المرفهاني - الهداية شرح بداية المبتدى ج ٨ / ١٦٧ / ١٦٨ مطبوع مع المؤاية ،
وشرح فتح القدير ، وحاشيته سعدى - داماد افندى - مجمع الزر شرح ملتقى الأبحر
ج ٢ / ٣٥٣ / ٢٥٤ ، ابن جزى - قوانين الأحكام الشرعية / ٣٢٨ / ٣٣٣ ابن رشد ،
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٢ / ٤٧٢ / ٤٧٣
حاشية الباجوري على شرح بن القاسم ج ٢ / ٣٤٥ / ٣٤٧ ، وانظر شرح ابن القاسم
أيضا بهامش الحاشية المذكورة ، الرملی - غاية البيان شرح زيد ابن رسلان / ٣٣٢ ،
الميهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٦ / ٣٨٥ / ٣٩٠ / ٣٩١ ، ابن قدامة -
المغنى ج ١ / ٢٤٦ / ٢٤٧ .
٢ / ابن قدامة - المغنى ج ١ / ٢٤٦

مناقشته أو الاخذ به . ومن هنا فالذى يظهر لى ، والله أعلم أن الصواب فيها ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من انه يحكم لمدعى الاطارة فى هذه المسألة ، بملكية العين ، استنادا لما قدمه من بيينة ، ولا يحلف فوق ذلك ، وهذا لما روى الاشمع بن قيس " قال : كان بينى وبين رجل ، خصومه فى بئر ، فاخصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال شاهدك او يمينه ، فقلت : انه اذن يحلف ولا يبالى ، فقال : من حلف على يمين ، يقتطع بها مال امرئ مسلم ، هو فيها فاجر ، لقي الله وهو عليه غضبان " (١) .

وفى الباب : أحاديث أخرى فى نفس المعنى ، وقد دل الحديث على ان البيينة على المدعى ، واليمين على من أنكر .

فاذا استطاع مدعى الاطارة ، اثبات ملكيته للعين ، وجب القضاء له بذلك ، دون أن يكلف بالحلف على ذلك بموجب هذا الحديث . وغيره من الاحاديث الواردة فى هذا ، الباب ، ان لو كان حلفه واجبا ، بالاضافة الى بيئته ، لبين ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قلما لم يمينه دل ذلك على عدم اجباره . أما اذا لم تكن لمدعى الاطارة بيينة على ما يدعيه ، من ملكية العين ، واطرتها ، فللفقهاء فى ذلك قولان :

القول الأول : يحلف المُنكر ، على ملكيته للعين وعدم استمرارها من المدعى ،

١ / هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحهما ، كما أخرجه ابو داود ، وابن ماجه بلفظ آخر ، وأخرجه الهيثمى ايضا ، فى كتابه مجمع الزوائد ، عن عدى بن عدى الكندى ، بلفظ قريب من لفظ الصحيحين ، ثم قال رواء الطبرانى فى الكبير ، ورجال احد هما رجال الصحيح .
أنظر ، الهيثمى - مجمع الزوائد ونبه القوائد ج ٤ / ٢٠٣ ، التبريزى - مشكاة المصابيح ج ٢ / ٣٤٤ / ٣٤٥ ، الشوكانى - نبيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار ج ٩ / ٢١٦ . صحيح البخارى ج ٣ / ١٠٧ ، صحيح مسلم ج ٥ / ١٢٨ .

ويستحقها بذلك ، دون أن يطالب المدعى للاطارة باثبات خلطه بينه وبين خصمه ،
والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء (١) .

القول الثاني : لا يحلف المنكر ، الا اذا اثبت مدعى الاطارة ان بينه وبين خصمه
خلطه ، من بيع أو شراء او نحو ذلك ، والى هذا ذهب الامام مالك ، وفقهاء المدينة
السبعة ، وهو مروي عن علي بن ابي طالب وذلك نظرا الى المصلحة ، لكيلا يتطرق
الناس بالدعوى الى تمنيت بعضهم بعضا ، واذاية بعضهم بعضا " (٢)

ويمكن ، أن يناقش هذا ، الدليل ، بما سبق في حديث الاشعث ، حيث ذكر
النبي صلى الله عليه وسلم فيه ، أن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر (٣)
وفي عموم هذا الحديث دليل على أن اليمين تجب بنفس الدعوى ، دون ان يحتاج
المدعى الى اثبات خلطه بينه وبين خصمه ، اذ لو كان ذلك شرطا لنبه عليه الرسول
صلى الله عليه وسلم ، فلما لم يشر اليه الرسول ، دل ذلك على عدم اشتراطه .
ومن هنا ، فالذى يظهر لى ، رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من أن المنكر
يحلف على ملكيته لليمين اذا لم يكن لمدعى الاطارة بينة ، ويستحقها بذلك ، دون
أن يطالب المدعى ، باثبات خلطه بينه وبين المنكر المدعى عليه ، وذلك لعموم الاحاديث
الدالة على ان البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، ومنها حديث الاشعث السابق (٤)

١/ داماد - مجمع الانهر شرح ملقى الابحرج / ٢/ ٢٥٣/ ٢٥٤ ، ابن رشد - بداية
المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢/ ٤٧٢/ ٤٧٣ ، الرولى - غاية البيان شرح زيد ابن
رسلان / ٣٣٢ ، البهوتي - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٦/ ٣٨٥ ، ابن قدامة -
المفنى ج / ١٠/ ٢٤٧

٢/ ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢/ ٤٧٣ ، ابن جزى - قوانين
الاحكام الشرعية / ٣٢٨

٣/ انظر ص من هذه الرسالة / ٤ انظر ص من هذه الرسالة .

أما إذا كان لكل من مدعى الاطارة ، ومنكرها ، بينة على ملكيته للممين ، فللقها .
فى ذلك ، ثلاثة أقوال هى كما يلى :

القول الأول : تقدم بينة مدعى الاطارة ، ولا تسمح بينة المدعى عليه بحال ، والى
هذا القول ذهب الامام أحمد بن حنبل فى احدى الروايات عنه ، واليه ذهب اسحاق (١)

القول الثانى : تقدم بينة المدعى عليه الجاحد للمارية ، والى هذا القول ذهب
شرح والشمسى ، والنخعى ، والحكم والى ، والشافعى ، وابو عبيد ، وقال :
هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى هذا القول عن طاوس ، وذكر ابو الخطاب من
الحنابلة ، أنه رواية عن الامام أحمد بن حنبل ، وانكر القاضى كون هذا ، رواية
عن أحمد ، وقال : لا تقبل بينة الداخل اذا لم تقدر الا ما افادته يده ، رواية واحدة (٢)
ومن أدلة اصحاب هذا القول : " ان جانب المدعى عليه اقوى ، لأن الأصل معه ،
وبينه تقدم على يمين المدعى ، فاذا تعارضت البينتان ، وجب ابقاء يده على ما فيها ،
وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما " (٣) وذلك يدل على اعتبارها ويمكن ان —
يناقش هذا الدليل " بأن بينة المدعى ، اكثر فائدة ، فوجب تقديمها ، كتقديم بينة
الرجح على التعديل ودليل كثرة فائدتها ، انها تثبت شيئا لم يكن ، وسنة المنكر ،
تثبت ظاهرا تدل اليد عليه ، فلم تكن مفيدة " (٤) .

١ / ابن قدامه — المغنى ج / ١٠ / ٢٤٥ ، البهوتى — كشف القناع عن متن الاقتناع
ج / ٦ / ٣٩٠

٢ / ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج / ٢ / ٤٧٣ ، حاشية الباجورى على
شرح ابن القاسم ج / ٢ / ٣٤٧ ، الرولى — غاية البيان شرح زيد ابن رسلان ٣٣٢ ،
ابن قدامه ، المغنى ج / ١٠ / ٢٤٥ / ٢٤٦ ، المرداوى — الانصاف فى معرفة الراجح
من الخلاف ج / ١١ / ٣٨٠ / ٣٨١ .

٣ / ابن قدامه — المغنى ج / ١٠ / ٢٤٥ / ٢٤٦
٤ / المرجع السابق .

القول الثالث : ان شهدت بيعة المدعى عليه ، الجاحد للمارية بسبب الملك ، واورخت

وقت تملكه لها وكان ما ارخت به اقدم مما ارخت به بيعة المدعى الاطارة ، فبينته صينثذ
مقدمه على بيعة مدعى الاطارة وان لم يكن الأمر كذلك فبيعة مدعى الاطارة مقدمة على بيعة
جاحد المارية ، والى هذا القول ذهب الامام ابو حنيفة ، وابو ثور ، وهو رواية عن
الامام أحد بن حنبل (١) .

واستدلوا ، على ذلك ، بما روى جابر رضى الله عنه ، ان رجلا ادعى بين يدي رسول
الله صلى الله عليه وسلم ، نتاج ناقه في يد رجل ، وأقام البيعة عليه ، وأقام ذو اليد
البيعة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بالناقه لصاحب اليد (٢) .

فبيعة ذو اليد في هذا الحديث ، قد شهدت ، بسبب الملك ، وهو نتاج الناقه
في ملكه ، وقد قدمها النبي صلى الله عليه وسلم ، فدل ذلك على أن البيعة ، ان
شهدت ، بالسبب للمدعى عليه ، قدمت على بيعة المدعى ، حتى وان شهدت بالسبب
ايضا .

وانما قضى لجاحد المارية اذا شهدت بيئته ، بتاريخ تملكه للعين ، وكان
اسبق من تاريخ تملك مدعى الاطارة ، ان ارخت بيئته لذلك " لأن بيعة صاحب الوقت
الاسبق ، اظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد ، فيدفع المدعى الى ان يثبت
بالدليل سببا للانتقال عنه الى غيره " (٣)

١/ قاضى زاد — نتائج الافكار ، في كشف الرموز والاسرار ج ٨/ ١٧٣/ ١٧٤

المرفغياني — الهداية شرح بداية المبتدى ج ٨/ ١٧٣/ ١٧٤ ، الكاساني — بدائع
الصنائع ج ٨/ ٣٩٤٠ وما بعدها من صفحات ، ابن قدامة المبنى ج ١٠/ ٢٤٥/

٢٤٦

٢/ أخرج هذا الحديث ، البيهقي والشافعي وسكتا عنه ، واخرجه الدارقطني ، وقال
الصنعاني : وفي سنده ضعف ، وقال الحافظ بن حجر في التلخيص : واسناده ضعيف ،

وفي سنده : يزيد بن نعيم وهو مجهول الحال ، كما قال ذلك ابن القطان وفيه ايضا ،
محمد بن مسروق ، واسحاق بن الفرات أما محمد فمجهول الحال ، وأما اسحاق —
فمختلف فيه ، أنظر في هذا ، الصنعاني — سهل السلام شرح بلوغ المرام ج ٤/ ١٣٥ ،
حاشيته محمود عبد الوهاب على المبنى لابن قدامة ج ١٠/ ٢٤٥ ، التبريزي —

مشكلة المصاييح ج ٢/ ٣٤٤ ٣ / الكاساني — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
ج ٨/ ٣٩٤٢/ ٣٩٤٤/ ٣٩٤٥

ويمكن أن يناقش ، ما استدلل به لهذا القول : بما رواه وائل ابن حجر ، قال :
 " جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة ، الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال
 الحضرمي : يا رسول الله ان هذا غليظي على ، أرض ، كانت لأبي ، فقال الكندي :
 هي أرض في يدي ، أزرعها ، ليس لغيري ، فقال عليه السلام للحضرمي :
 ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه ، قال : يا رسول الله ، الرجل
 فاجر لا يبالي على ما حلف عليه ، وليس يتورع عن شيء ، فقال : ليس لك منه الا ذلك ،
 فانطلق ليحلف ، فقال عليه السلام لما أدبر : اما ان حلف على ماله لياكله ظلما ،
 ليلقين الله ، وهو عنه معرض " (١)

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة بطرق مختلفة المراتب ، والمفاظ
 متعددة تدل على أن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر . (٢)
 وهذا يقتضح أن جنس البينة في جانب المدعي ، كما أشارت الى ذلك الاحاديث ،
 وجنس اليمين في جانب المدعي عليه ، فلا يبتى في جانب المدعي عليه حينئذ بينه .
 ثم ان بينة المدعي اكثر فائدة ، كما سبق بيان ذلك ، فوجب تقديرها ، كتقدير
 بينة الجرح على التمهيد . وأما حديث جابر ، ففي سننه يزيد بن نعيم ، وقال فيه
 ابن القطان : لا يعرف حاله ، وذكر الحافظ في التلخيص ، تضعيف اسناد . (٣)

١/ هذا الحديث أخرجه البخاري في كتاب القضاء ومسلم في كتاب الايمان : باب وعيد
 من اقتطع حق مسلم بيمين فاجره ، كما أخرجه ايضا في كتاب القضاء ، وأخرجه
 الدارقطني وابوداود .
 انظر في هذا - الزيلعي - نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٤ / ٩٤ / ٩٥ وأنظر
 حاشيته ايضا التبريزي - مشكاة المصابيح ج ٢ / ٣٤٥ .
 ٢/ أنظر في هذا - التبريزي - مشكاة المصابيح ج ٢ / ٣٤٣ / ٣٤٤ / ٣٤٥ / الزيلعي -
 نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٤ / ٩٤ / ٩٥ / ٩٦ الصنعاني - سهل السلام
 شرح بلوغ المرام ج ٤ / ١٣٢ .

٣/ ابن قدامة - المغني ج ١٠ / ٢٤٥ / ٢٤٦

ومن هنا ، فالذى يظهر لى رجحانه ، ما ذهب اليه الامام أحد فى القول الأول ،
لما سبق من أن جنس البيئة على المدعى ، فلا يبقى فى جانب المدعى عليه بيئة " ولأن
الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف ، فان ذلك جائز ، عند
كثير من أهل العلم ، فصارت البيئة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بيئة المدعى ،
كما تقدم على اليد . كما أن شاهدى الفرج ، لما كانا مبنيين على شاهدى الأصل
لم تكن لهما منزلة عليهما " (١)

إذا تبين هذا ، فانه متى ما ثبت بالبيئة او بنيرها ، ان المين ملك لمدعى
الاطارة ، وانه قد اطارها للمدعى عليه ، فلا يخلو الأمر ، اما أن تكون المين باقية ،
أو تالفة :

فان كانت ، باقية وجب ردها للمير ، لانتفاء عقد العارية بطلب الممير للمين
المعاراة . (٢)

وفى أخذ الأجرة عن المدة ، ما بين طلب الممير لرد المين المعاراة ، والحكم
بردها ، خلاف بين الفقهاء ، فمن قال من الفقهاء بمسالية المنافع ، أوجب مثل
أجرة تلك المدة ، ومن قال بعدم ماليتها لم يوجب شيئا من ذلك ، وقد سبق
بيان ذلك ، وأن الراجح وجوب مثل الأجرة كما هو رأى جمهور الفقهاء . (٣)
أما اذا تلفت المين فى يد جاحد العارية ، وقد ثبت انها ملك ، المدعى ، اطارها له ،

٧ المرجع السابق .

٢ / أنظر من هذه الرسالة .

٣ / أنظر من هذه الرسالة .

وجب عليه حينئذ ضمانها ، وان ادعى انها قد تلفت ، بدون تمد ، او تقصير منه ،
بلا خلاف اعلمه بين الفقهاء في ذلك سواء منهم القائلين : بأن المارية مضمونة ، او
القائلين : بأنها أمانة في يد المستعير ، لا تضمن الا بالتمدى او التقصير ، في
حفظها . (١) .

أما القائلون بأن المارية مضمونة بكل حال ، فظاهران وجه تضمينهم لجاحد
المارية في هذه المسألة . هو ، أن الأصل في المارية عندهم الضمان .
وأما القائلون : بأن المارية أمانة في يد المستعير ، فوجه تضمينهم ، لجاحدها فى
هذه المسألة " ان المين كانت أمانة فى يده ، فيصير ضامنا بالجحود ، قياسا على
المودع فى ذلك ، بجامع أن كلا العقدين ، عقد أمانة . (٢)
واذا تبين جميع ما سبق ، فهل يجب على جاحد المارية ، حد السرقة ، اذا ثبت
أن المين التى فى يده ملكا لمدى الاطارة ، قد أطرها له .

الواقع : أن الفقهاء اختلفوا فى هذا الأمر ، ولهم فى ذلك قولان :
القول الأول : تقطع يد جاحد المارية ، والى هذا القول ذهب الحنابلة فى أصح
الروايتين عندهم واليه ذهب اسحاق وزفر ، وابن حزم الظاهري والشوكاني (٣) .

١ / السرخسى - المبسوط ج ١١ / ١٤٤ ، ابن عيدين - قرة عيون الاخبار تكملة رد
المحتار ج ٨ / ٤١٦ ، ابن فرحون - تبصرة الحكم فى أصول الأفضية ومناهج
الأحكام ج ١ / ١٣٦ ج ٢ / ٥٤ ، ابن عبد الوهاب - مختصر الانصاف والشرح
الكبير ٣٨٩ ، الشربيني - مشنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج
ج ٢ / ٢٩٧ .

٢ / السرخسى - المبسوط ج ١١ / ١٤٤ ،
٣ / المردادى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج ١٠ / ٢٥٣ / ٢٥٤ ، ابن
حزم - المحلى ج ١١ / ٣٥٨ وما بعدها من صفحات ، المسألة (٢٢٨٥) ،
الشوكاني - نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار ج ٧ / ٣٠٧ ، ابن رشد -
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ / ٤٤٥ / ٤٤٦ ، ابن حجر - فتح الباري
بشرح صحيح البخارى ج ١٢ / ٩٠

القول الثاني : لا يقطع جاحد المارية ، والى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء ،

وهو رواية عن الامام أحد (١)

وما استدلل به الجمهور على ذلك : ان القرآن والسنة انما أوجبا القطع على السارق ، فقال الله تعالى : " والسارق والسارقة ، فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ، والله عزيز حكيم " (٢) .

وقال صلى الله عليه وسلم : " تقطع يد السارق في ربح دينار " (٣) فدل كل من الآية ، والحديث الشريف على أن القطع ، انما يجب على السارق ، والجاحد للمارية ، لا يعتبر سارقا ، وانما خائنا .

وقد روى عن جابر بن عبد الله ، عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

ليس على خائن ، ولا منتهب ، ولا مختلس ، قطع (٤) فدل الحديث الشريف على عدم

١/ ابن الهمام — شرح فتح القدير ج ٥/ ٣٧٣ ، مطبوع مع الهداية ، والمناية ،

وحاشية سمدي ، ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢/ ٤٤٥ /

٤٤٦ ، الدردير — الشرح الكبير ج ٤/ ٣٠٥ ، مطبوع على هامش حاشية الدسوقي ،

الاردبيلي — الأنوار لأعمال الابرار ج ٢/ ٥١٠ ، المرادى — الانصاف في

معرفة الراجح من الخلاف ج ١٠/ ٢٥٣/ ٢٥٤ ، الشوكاني — نيل الاوطار

من أحاديث سيد الاخيار ج ٢/ ٣٠٧

٢/ سورة المائدة ، آية رقم (٣٨)

٣/ هذا الحديث أخرجه البخاري في كتابه الصحيح في باب قوله تعالى ، والسارق

والسارقة فاقطعوا أيديهما . من كتاب الحدود ، عن عائشة رضى الله عنها ،

أنظر — ابن حجر — فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الزيلعي — نصب الراية

لأحاديث الهداية ج ٣/ ٣٥٥ وما يمد ها هن صفحات .

٤/ قال ابن حجر في تخرجه هذا الحديث : " أخرجه الأربعة ، وصححه ابو عوانة ،

والترمذي من طريق ابن جريج عن ابي الزبير عن جابر ، رفعه ، وصرح ابن جريج

في رواية للنسائي بقوله : أخبرني ابو الزبير ، وهم بعضهم هذه الرواية ، فقد

صرح ابو داود ، بأن ابن جريج ، لم يسمعه من ابي الزبير ، وقال : ولفني عن

أحد : انما سمعه ابن جريج من ، ياسين الزيات ، ونقل ابن عدي في الكامل

قطع يد الخائن ، والجاحد للمارية ، خائن في الواقع ، فلا تقطع يده (١)
ويمكن أن يناقش هذا الدليل : بما روى عن معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة
رضي الله عنها : " كانت امرأة مخزومية تستمير المتاع وتجده ، فأمر النبي صلى الله
عليه وسلم بقطع يدها " (٢)

فدل الحديث الشريف ، على وجوب قطع يد جاحد المارية ، لترتب الحكم على الوصف
كما هو ظاهر من لفظ الحديث . وعلى هذا فإن جاز اختيار ، جاحد المارية ، خائنا
لا سارقا ، فإن هذا الحديث مخصص لمعوم حديث جابر السابق " ليس على خائن
ولا منتهب ولا مختلس قطع " فيكون القطع فيمن جحد المارية دون غيره من الخونة ،
بموجب ، حديث معمر وغيره من الأحاديث الصحيحة في الباب (٣)

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة : بأن حديث المخومية ، روى من طرق متعددة ،

عن أهل المدينة أنهم قالوا : لم يسمع ابن جريج من أبي الزبير ، وقال النسائي :
رواه الحافظ من أصحاب ابن جريج عنه ، عن أبي الزبير فلم يقل أحد منهم أخبرتني ،
ولا أحسبه سمعه ، قلت : لكن وجد له متابع عن أبي الزبير أخرجه النسائي أيضا
من طريق المشيرة بن مسلم عن أبي الزبير ، لكن الزبير مدلس أيضا ، وقد عمنه
عن جابر ، لكن أخرجه ابن حبان من وجه آخر بمتابعة أبي الزبير ، فقوى الحديث ،
وقد أجمعوا على العمل به إلا من شذ " انظر ، ابن حجر فتح الباري بشرح
صحيح البخاري ج ١٢ / ٩١ / ٩٢ ، الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام
ج ٢ / ٤ ، الشوكاني - نيل الاوطار ج ٣ / ٧ / ٣٠٤ ، الزيلعي - نصب الراية
لأحاديث الراية لأحاديث الهداية ج ٣ / ٣٦٣ / ٣٦٤ / ٣٦٥ .
١ / الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٤ / ٢١ / ٢٢ ، ابن حجر - فتح
الباري بشرح صحيح البخاري ج ١٢ / ٩١ / ٩٢ ابن حزم - المحلى ج ١١ / ٣٥٩ /
٣٦٠ ، مسألة (٢٢٨٥) .

٢ / هذا الحديث ، أخرجه مسلم بهذا السند في كتاب السرقة ، باب قطع السارق
الشريف وغيره ، وأخرجه البخاري بلفظ آخر ، ولم يذكر فيه جحد المارية ، ورواه
أحمد والنسائي ، وأبو داود ، من حديث ابن عمر يلفظ قريب من لفظ مسلم ، في
هذا الحديث ، وأخرج حديث ابن عمر أيضا ، أبو عوانة في صحيحه من طريق

انها سرقت (١) ورواية معمر ، بأنها استمارت وجحدت ، رواية شاذة ، مخالفة لما روى عن جمهور الرواة ، قال النووى : والشاذة لا يعمل بها ، وقال ابن المنذر والطبرى : قيل ان معمر انفرد بها ، وقال القرطبى : رواية انها سرقت أكثر وأشهر ، من رواية الجحد ، فقد انفرد بها معمر من بين الائمة الحفاظ ، وتابعه على ذلك ، من لا يقتدى يحفظه ، كابن اخرى الزهرى ونمطه ، هذا قول المحدثين (٢) .

= أيوب عن نافع عن ابن عمر ، واخرجه ايضا النسائى ، وابو عوانة من وجه آخر ، عن عبد الله بن عمر المصرى عن نافع عنه ، ايضا بلفظ ، استمارت ، حليا ، انظر فى هذا ، الزيلعى — نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٣/٣٦٥ ، الشوكلى — نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار ج ٧/٣٠٥/٣٠٦ ، ابن حجر — فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٢/٨٧ وما بعدها من صفحات : الصنعانى — سبل السلام ج ٤/٢٠

٣/ الصنعانى — سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٤/٢٢
٤/ من ذلك ما روى البخارى ، من طريق سعيد بن سليمان ، حدثنا الليث عن ابن شهاب عن عروة عن طائفة رضى الله عنها : ان قريشا أهتمهم المرأة المخزومية التى سرقت ، فقالوا : من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن يجترئ عليه ، الا اسامة ، حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : اتشفع فى حد من حدود الله ؟ ثم قام فخطب ، فقال : يا ايها الناس انما ظل من كان قبلكم ، انهم كانوا ، اذا سرق الشريف تركوه ، فاذا سرق الضعيف فنيهم ، اقاموا عليه الحد وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها * اهـ

انظر — ابن حجر — فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٢/٨٧ وما بعدها من صفحات

ويمكن أن يجاب عن هذا : بأن ادعاء أن ممر ، تفرد بهذه الرواية دون غيره ، أمر لا يسلم به ، إذ قد جاء في فتح الباري : أن رواية شعيب بن أبي حمزة ، ويونس بن يزيد ، وأيوب بن موسى ، كلها موافقة لرواية ممر ولا يمكن إخبار ، شعيب ، ويونس ، وأيوب ، بأبن أخى الزهرى ونمطه ، فالصحيحون متفقون ، على أن هؤلاء أرفع درجة في حديث الزهرى من ابن أخيه (١) .

وجاء في المحلى لابن حزم " أما كلامهم في اختلاف الرواية عن الزهرى ، فلا متعلق لهم به ، لأن ممر ، وشعيب بن أبي حمزة رواياه عن الزهرى ، وهما قايمة في الثقة والجلالة ، وكذلك أيوب بن موسى ، كلهم يقولون : أنها كانت تحت تفسير المتاع وتجده ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فأمر بقطع يدها ، وأخبر أنه حد من حدود الله ولم يضطرب على ممر في ذلك ، ولا على شعيب بن أبي حمزة ، وأن كانا خالفهما الليث ، ويونس بن أبي يزيد ، وإسماعيل بن أمية ، وإسحق بن راشد ، فإن الليث قد اضطرب عليه ، وكذلك على يونس بن يزيد ، فإن الليث ويونس ، وإسماعيل ، وإسحق ، ليسوا فوق ممر وشعيب في الحفظ ، وقد واقفهما ابن أخى الزهرى عن عمه " (٢) .

فيل اذن ، يمكن ترجيح رواية : أنها سرت ، على رواية أنها استمارت وجحدت ، .

من ثلاث وجوه :
الوجه الأول : أنه قد جاء في آخر الحديث ، الذى فيه ذكر جحد المارية
" لو أن فاطمة بنت محمد سرت لقطعت يدها " (٣)

(١) المرجع السابق ج ١٢ / ٩١

(٢) ابن حزم - المحلى ج ١١ / ٣٦٠ مسألة رقم (٢٢٨٥)

(٣) هذا الحديث ، أخرجه ، مسلم وأحمد ، والنسائي من حديث طائفة رضى الله عنها وأخرجه ابن حزم في المحلى والطحاوى في مشكل الآثار من حديث طائفة أيضا .
ومن طرقه عند النسائي ما قال فيه : أخبرنا عمران بن بكار قال حدثنا بشر بن شعيب قال : أخبرني أبى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : استمارت امرأة على السنة

قال القرطبي : وفي ذلك دلالة قاطمة على ان المرأة ، قطعت في السرقة ، اذ لو كان قطعها لأجل الجحد لكان ذكر السرقة لاغيا ، ولقال : " لو ان فاطمة جحدت المارية " (١) .

ويمكن أن يناقش هذا الوجه : بأن جميع الاحاديث التي ذكرت ، الجحد ، رتبته قطع السيد ، على جحد المارية ، وترتيب الحكم على الوصف يشمر بالمالية ، وفسى هذا دليل قوى ، على أن المخزومية ، قطعت في جحد المارية . واذا ثبت بهذا ، أن سبب القطع ، هو جحد المارية ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم في نهاية الحديث " لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " دل ذلك على أن جحد المارية ، سرقة في اللفظة . وثبت شرط أن حده قطع اليد ، ونظير ادخال جاحد المارية في مسمى السارق ، ادخال الرسول صلى الله عليه وسلم ، سائر أنواع المسكر في مسمى الخمر ، وتسمية النباش سارقا (٢) .

ويؤيد ذلك ان السارق ، وجاحد المارية ، لا يمكن الاحتراز منهما ، بخلاف الخائن في الوديعة ونحوها والمختلس والمنتهب فان السارق يتوصل الى سرقة المال ، متخفيا ، بطريقة ما ، مهما احتراز منه ، يقتل الدار ونحو ذلك ، وجاحد المارية ، يأتي فسى في البداية للمعير طالبا على لسانه ، او لسان غيره ، جاعلا عقد الاستحارة ، ذريعة الى التوصل لاستحلال ملك غيره بدون حق . " فهو مستخف بأخذ ما أخذه من مال

= أناس يصرفون وهي لا تصرف ، حليا ، فهاجته ، وأخذت ثمنه ، فأتى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسمى أهلها الى أسامة بن زيد ، فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ، فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو يكلمه ثم قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتشفع الى في حد من حدود الله . فقال أسامة : استغفر لي يا رسول الله ، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، عشتنذ ، فأثنى على الله عز وجل بما هو أهل له ، ثم قال : أما بعد ، فانا أهلك الناس قبلكم ، انهم كانوا اذا سرق الشريف فيهم تركوه واذا سرق الضعيف فيهم اقاموا عليه الحد ، والذي نفس محمد بيده لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها ، ثم قطع تلك المرأة " انظر سنن النسائي ج ٧٣/٨ مطبوع مسج شرحه للسيوطي وحاشية الامام السندی ، وانظر في تخريج الحديث الشوكاني نيل الاوطار (٢٠٥: ٧) ، والطحاوي - مشكل الآثار (٩٧: ٣) ، والتبريزي ، ومشكاة المصابيح (٣٠٢: ٢) ، ابن حزم - المحلى (٣٥٨: ١١) مسأل رقم (٢٢٨٥) .

- (١) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٩١: ١٢) .
- (٢) ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابن داود (٢١٠: ٢١١) ، مطبوع مسج مختصر ابن داود للمنذرى ومعالن السنن للذهبي . ابن القيم - زاد المسعود في شرح غير الصناديق (٣١: ٢٠٦) ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٩١: ١٢) .

غيره ، يورى بالاستعارة لنفسه او لغيره ثم يملكه مستترا متخفيا ، وهذه هى السرقة دون تكلف . " ولما كانت العارية من مصالح الناس التى لا بد لهم منها ، ولا غنى لأى مجتمع عنها ، كانت مما لا يمكن الاحتراز ، بمنعه ، لا شرطا ولا طدة ولا عرفا ، خاصة وانها واجبة عند بعض العلماء مطلقا ، وعند اكثرهم حال اضطرار المستعير لها ، والمستعير قد يظهر الاضرار لها ، فلا يمكن المسمير رده ، كما لا يمكنه الاستشهاد على ذلك فى جميع الاوقات . (١)

أما الخائن فى الوديعة ونحوها ، فيمكن الاحتراز منه ، بعدم دفع المال اليه ، لأن الأموال ، لا تدفع الا لذوى الأمانة فتناسب حينئذ ان لا يجب على الخائن هنا ، قطع ، لتفريط صاحب المال فى دفع ماله الى غير مؤتمن ، وكان يمكنه الاحتراز بعدم دفعه . (٢)

وأما المنتهب فيمكن الاحتراز منه ايضا " فالمنتهب هو الذى يأخذ المال جهرة بجراى من الناس ، فيمكنهم أن يأخذوا على يديه ، ويخلصوا حتى المظلوم ، او يشهدوا له عند الحاكم " (٣)

ويمكن الاحتراز ايضا من الضائل " لأنه انما يأخذ المال على حين غفلة من مالكه وغيره فلا يخلوا من نوع تفريط يمكن المختلس من اختلاسه ، والا فمع كمال التحفظ والتيقظ لا يمكنه الاختلاس ، فليس كالسارق ولا كجاحد العارية " (٤)

- ١/ ابن القيم - اعظم الموقمين ج / ٢٦٠/٢٧٧/١٧٨ ، ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابن داود ج / ٦٠/٢١١/٢١٢ ، ابن القيم - زاد المعاد فى هدى خير العباد ج / ٣/٢١١ ، ابن حزم - المحلى ج / ١١/٣٦٢ مسألة (٢٢٨٥) ابن حجر - فتح البارى شرح صحيح البخارى ج / ١٢/٩٢ ، الشوكانى - نيل الأوطار من أحاديث سيد الاخبار ج / ٧/٣٠٧/٣٠٨
- ٢/ المرجع السابق
- ٣/ ابن القيم - اعظم الموقمين ج / ٢/١٧٦/١٧٧
- ٤/ المرجع السابق .

وقال ابن القيم رحمه الله : " ولو ثبت ان جاحد المارية ، لا يسمى سارقا ، لكن قطعه بهذا الحديث جاريا على وفق القياس ، فان ضرره مثل ضرر السارق وأكثـر ان لا يمكن الاحتراز من السارق بالاحراز والحفظ وأما المارية ، فالحاجة الشديدة ، التى تبلغ الضرورة ، ماسة اليها ، وحاجة الناس فيما بينهم ، اليها من أشد الحاجات ، ولهذا ذهب من ذهب من العلماء الى وجوبها ، وهو مذهب كثير من الصحابة والتابعين ، وأحد القولين فى مذهب أحد ، فترتيب القطع على جدها ، طريق الى حفظ أموال الناس وترك لباب هذا المعروف مفتوحا ، وأما اذا علم ان الجاحد لا يقطع ، فانه يقضى الى سد باب المارية ، فى الغالب " (١)

الوجه الثانى : ان ذكر جحد المارية فى احدى الروايتين ، انما كان تحريفا للمرأة بخاص صفتها ، اى انها كانت كثيرة الاستمارة والجحد حتى اشتهرت بذلك وعرفت به ، كما عرفت بأنها مخزومية ، ثم استمرت على هذه الحال ، حتى حدثت منها السرقة ، فقطعت بها ، لا بجحد المارية . (٢)

ويمكن ان يناقش هذا ، بأن الاحاديث التى ذكر فيها جحد المارية دون السرقة ، صحيحة ثابتة ، كما سبق بيان ذلك (٣) وقد رتب الحكم الذى هو القطع ، على الوصف الذى هو جحد المارية ، كما رتب الروايات الأخرى القطع على السرقة ولا يخفى أن ترتيب الحكم على الوصف يشعر بالمليه ، وطيه فان كلا من الروايتين ، دال على أن

١/ ابن القيم — تهذيب مختصر سنن ابي داود ج ٦/ ٢١١/ ٢١٢ مطبوع مع مختصر سنن ابي داود للمذرى ، ومعالم السنن للخطيب .
٢/ ابن حجر — فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ١٢/ ٩١ ، الزيلعى — نصب الراية لاحاديث الهداية ج ٣/ ٣٦٥/ ٣٦٦ .

٣/ انظر ص . من هذه الرسالة ، ابن حزم — المحلى ج ١١/ ٣٦١ مسألة رقم (٢٢٨٥) .

علة القطع، كل من السرقة وجحد العارية على انفراد، ويؤيد ذلك انه لم يأت فسى حد يث ابن عمر، ذكر لا للسرقة ولا للشفاعة من اسامة^(١).

وقال ابن القيم رحمه الله: "واما قولهم ان ذكر جحد العارية للتعريف لا لانه المؤثر، فكلام فى غاية الفساد لو صح مثله، وحاش، وكلا، ولذهب من ايد يناسا عامة الاحكام المترتبة على الاوصاف، وهذه طريقة لا يرضيها ائمة العلم، ولا يردون بمثلها السنن، وانما يسلكها بعض المقلدين من الاتباع^(٢)."

الوجه الثالث: لو ان يد المرأة، قطعت فى جحد العارية، لدل ذلك على وجوب قطع يد كل من جحد شيئا اذا ثبت عليه، ولو لم يكن المجحد عارية^(٣).

ويمكن ان يجاب عن هذا: بأن الفرق بين جحد العارية، وجحد غيرها، ان جاهد العارية كما سبق لا يمكن الاحتراز منه، كالسارق، فان السارق ينقب الدار ويهتك الحرز، وصاحب المال لا يستطيع الاحتراز، بأكثر من وضع ماله فى بيته وصنذ وقه وكذلك جاهد العارية، ولا يمكن الاحتراز منه، لان العارية من مصالح البشر الستى لاغنى لاي مجتمع عنها، وهى واجبة عند اضطرار المستعير، والممير قد لا يمكنه فسى

(١) ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابى داود (٦: ٢١١، ٢١٢)، ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى (١٢: ٩٢)، حديث ابن عمر، اخرجـه احمد والنسائى وابو داود واخرجه ابو عوانة فى صحيحه من طريق ايوب عن نافع عنه ايضا بلفظ: "استعارت حليا" ومن الفاظه عند الحديثين: "ان امرأة مخزومية كانت تستعير المتاع فتجده، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها" انظر: سنن النسائى (٨: ٧٠، ٧١)، الشوكانى - نيل الاوطار (٢: ٣٠٥، ٣٠٦).

(٢) ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى (١٢: ٩١).

كل وقت أن يشهد على الاطارة ، وعليه فلا يمكن الاحتراز بمنع المارية شرط وطدة وعرقا بخلاف غيرها . (١) .

ومعد عرض أدلة جمهور الفقهاء ، ومناقشتها ، يدولى رجحان ، ما ذهب اليه أصحاب القول الاول من أن جاحد المارية ، تقطع يده ، لما سبق ، من أن الأحاديث الصحيحة قد رتبت الحكم الذى هو القطع على الوصف الذى هو جحد المارية فوجب اشتهار ذلك . (٢) .

ولعل من المفيد أن أسرد هنا بعض ألفاظ ، الأحاديث التى ذكرت جحد المارية ، ليتضح كيف انها قد رتبت القطع على الجحد ، وهى كما يلى :

- ١ - عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما ، قال كانت امرأة مخزومية تستمير متاعها على السنة جاراتها وتجده فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يدها " (٣)
- ٢ - عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما : " ان امرأة كانت تستمير الحلى للناس ثم تمسكه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لتتب هذه المرأة الى الله ورسوله وترد ما تأخذ على القوم ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قم يا بائع خذ بيدك ما تأخذ بها " (٤)

١/ ابن القيم - تهذيب سنن ابي داود ج ٦/ ٢١١/ ٢١٢ مطبوع مع مختصر سنن ابي داود للمندرى ومعال السنن للخطابى ، ابن القيم - اعلام الموقعين ج ٢/ ١٧٦/ ١٧٧/ ١٧٨ .

٢/ انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة :

٣/ هذا الحديث أخرجه النسائى ، فى كتاب المرقه ، باب ، ما يكون حرزا وما لا يكون ، وأخرجه ايضا ابن حزم من حديث عبد الله بن عمر ، سنن النسائى ج ٨/ ٧٠/ ٧١ ، ابن حزم - المحلى ج ١١/ ٣٥٨ مسألة رقم (٢٢٨٥) .

يا بلال فخذ بيدها فاقطعها " (١)

٣ عن عروة عن عائشة ، رضى الله عنها ، قالت : كانت امرأة مخزومية ، تمتصير المتاع وتجدده ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها ، فأتى أهلها اسامة بن زيد فكلما ، فكلما اسامة بن زيد رسول الله ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : " يا اسامة لا أراك تكلمنى فى حدود الله ثم قام خطيبا فقال : انما هلك من كان قبلكم ، انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسى بيد يده ، لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها ، فقطع يد المخزومية " (٢) .

١/ هذا الحديث أخرجه ايضا النسائي فى كتاب السرقة ، باب ما يكون حرزا وما لا يكون ، وأخرجه الطحاوى فى حديث عائشة رضى الله عنها ، وأخرجه ابو عوانة فى صحيحه من طريق ايوب عن نافع عن ابن عمر ، وأخرجه ايضا من وجه آخر عن عبد الله بن عمر المصمرى عن نافع عنه . انظر - سنن النسائي ج ٨ / ٧٠ / ٧١ الطحاوى - مشكل الآثار ج ٣ / ٩٧ / ٩٨ - الشوكانى - نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار ج ٧ / ٣٠٥ / ٣٠٦

٢/ هذا الحديث أخرجه مسلم من حديث عائشة رضى الله عنها فى كتاب السرقة ، باب قطع المارق الشريف ، كما أخرجه من حديث عائشة ايضا الطحاوى ، والنسائي ، وأحمد ، وابو داود وابن حزم الاندلسى ، انظر فى هذا ، الزيلعى - نصب الراية لأحاديث الهداية ج ٣ / ٣٦٥ الطحاوى - مشكل الآثار ج ٣ / ٩٧ ، سنن النسائي مع شرح السيوطى ج ٨ / ٧٣ ، الشوكانى - نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار ج ٧ / ٣٠٦ / ٣٠٥ ، ابن حزم - المحلى ج ١١ / ٣٥٨ مسألة (٢٢٨٥) .

٤ / عن ابي بكر بن عبد الرحمن ، ان امرأة جاءت ، فقالت : ان فلانة تحتجبر حلما ، فاطرتها ، فمكثت لا تراها ، فجاءت الى التي استماعت لها ، تعالها ، فقالت : ما استمرت شيئا ، فرجعت الى الاخرى فانكرت ، فجاءت الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فعدتها ، فسألها ، فقالت : والذي يمشك بالحق ما استمرت منها شيئا ، فقال : اذهبا الى بيتها تجدوه ، تحت فراشها ، فاتتوه واخذوه ، فأمر بها فقطعت " (١)

٥ / وعن سعيد بن المسيب : ان امرأة من بنى مخزوم استماعت حلما على لسان أناس فوجدتها ، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فقطعت " (٢)

١ / هذا الحديث من مراسيل ابي بكر بن عبد الرحمن ، أخرجه عبد الرازق بمسند صحيح الى ابي بكر ، كما أخرجه بمسند صحيح الى سعيد بن المسيب ، وأخرجه ايضا ابن حزم الى ابي بكر . انظر في هذا - الشوكاني - نيسل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار ج ٣٠٦ / ٧ ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٩٢ / ١٢ ، ابن حزم - المحلى ج ٣٦١ / ١١ / ٣٦٢ مسألة رقم (٢٢٨٥) .

٢ / هذا الحديث من مراسيل سعيد ابن المسيب ، أخرجه النسائي بمسند صحيح اليه ، في كتاب السرقة ، باب ما يكون حرزا وما لا يكون ، وهذا الحديث والذي قبله ، وان كانا مرسلين ، الا انهما ، يؤيدان ما صح من الأحاديث السابقة . انظر - سنن ابي داود . ج ٧١ / ٨ / ٢١ مطبوع مع شرح السيوطي ، ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٩٢ / ١٢ ، ابن القيم - تهذيب مختصر سنن ابي داود ج ٢١٠ / ٢١٠ / ٦ / ٢١١ .

وهكذا فان الاحاديث السابقة دليل واضح على ان المرأة قطعت في جحد المارية ،
قال الشوكاني " ولا يخفى أن الظاهر من أحاديث الباب ، ان القطع كان لأجل
ذلك الجحد . . . ولا ينافي ذلك وصف المرأة في بعض الروايات بأنها صرقت ، فانه
يصدق على جاحد المارية ، بأنه سارق . . . فالحق قطع جاحد المارية ، ويكون
ذلك مخصصاً للأدلة الدالة على إحصار الحرز ، ووجهه ان الحاجة ماسة ، بسبب
الناس الى المارية ، فلو علم المخير ان المستمير اذا جحد لاشى عليه ، لجر
ذلك الى سد ، باب المارية ، وهو خلاف المشروع " (١)

والله تعالى أعلم بالصواب .

الفصل الثاني : الاختلاف في انشاء عقد المارية

ذكر الفقهاء ، للخلاف في انشاء عقد المارية ، بين مالك عين المال ،
والقابض له ، ثلاث صور :

الصورة الأولى : اذا قال المالك : اجرتك هذه الممين ، وقال القابض لممين المال :
بل اعرتني ، او العكس .

الصورة الثانية : اذا قال المالك : غصبتني هذه الممين وأنكر القابض ، وادعى انه ،
اطرة اياها .

الصورة الثالثة : اذا قال قابض المال : اعرتني هذه الممين ، وقال المالك : او ادهك
اياها ، او المكس . وفيما يلي ، تفصيل ما ذكره الفقهاء في كل صورة :

الصورة الأولى : اذا اختلف مالك المال وقابضه ، في قبض المال ، أكان على سبيل
المارية ، ام على سبيل الاجارة ، فلا يخلوا الأمر :

اما ان يكون الخلاف ، قبل مضي مدة لها اجرة ، والممين باقية ، او تالفه ،
واما ان يكون الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة ، والممين باقية ، او تالفة .

فان كان الخلاف قبل مضي مدة لها اجرة والممين باقية ، فالقول قول قابض الممين
مع يمينه ، لأن الأصل عدم عقد الاجارة ، وسرأة ندمته من الاجرة ، وحينئذ يحلف ان
المقد ، لم يكن اجارة ، وانما كان طرية وترد الممين الى مالكها ، ولا أطم خلافا
بين الفقهاء في هذا الأمر . (١)

١ / كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٤ / ٢٤٤ ، ابن قدامة - المغني ج ٥ /

١٢٤ ، المرادى - الانصاف في مصرفة الراجع من الخلاف ج ٦ / ١١٢ ،

الانصاري - أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ / ٣٣٥ ، المحلى - منهاج

أما إذا كان الخلاف قبل مضي مدة لها أجرة ، والصين تالفة ، فالقول قول المالك ، سواء أكان المدعى للاطرة أو الاجارة " لأنما ان ادعى الاجارة فهو معترف بالركاب بهرارة ذمته من ضمانها ، فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاطرة فهو يدعى قبيلتها لأن المعارية مضمونة ، ومن هنا ، فالقول قوله ، لأنهما اختلفا في صفة القبض ، والأصل فيها يقبضه الانمان الضمان لقول " النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تولده " (١) فإذا حلف المالك امتحق القيمة " (٢)

والى هذا ذهب ، الحنابلة ، والشافعية ، واليه ذهب المالكية في طرية ما يشاب طيه ، ان كان المالك ممن لا يأنف عن الكراء ، اما اذا كان ممن يأنف من ذلك ، فالقول قول القابض بيمينه (٣)

وأما الاحناف ، فالذى يظهر من مذهبيهم ، ان لا فائدة من الخلاف في هذه المسألة ، لأن المعارية أمانة عدهم ، وطيه ، فلا يستفيد المالك شيئا من ادائه ، الاطرة ، او الاجارة ، كما لا يستفيد قابض الممين من انكار أحدهما ، لأن كلا العقدين ، عسسد أمانه ، فلا يكون اداهما موجبا للضمان اذا تلفت العين بدون تعد أو تقصير ،

-
- ١/ هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر من من هذه الرسالة .
 - ٢/ ابن قدامة والمشنى ج / ١٧٥/٥ ، بشى من التصرف .
 - ٣/ المرجع السابق ج / ١٧٥/٥ ، اليمهوتى — كشف القناع عن معن الاقتناع ج / ٤/ ٧٥ ، المرادوى . الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج / ١١٩/٦ ، الشومينى — مشنى المحتاج الى معانى ألفاظ المشهاج ج / ٢٧٤/٢ ، الانصارى شرح المنهج ج / ٤٦٨/٣ ، التسولى — المهجة في شرح التحفة ج / ١٦٩/٢ / ٢٧٨/١٧٠ .

وهذا ظاهرهما ذهب اليه المالكية في طرية مالا يثاب عليه ، لأنها أمانة عندهم ،
بتغلاف ما يثاب عليه ، فهي مضمونة كما سبق بيان ذلك (١) .
والذى يظهر لى هنا ، رجحان ان لافائدة من الخلاف فى هذه المسألة ، لأن
كلا من الصين المماراة والصين المؤجرة ، أمانة فى يد المستمير والمؤجر ، كما سبق
بيان ذلك عند الكلام على الضمان فى عقد المارية (٢) .
أما اذا كان الخلاف ، بعد مضى مدة لها أجرة والصين باقية ، فللقها ، فى ذلك قولان :

القول الأول : اذا ادعى المالك ، الاجارة ، والقابض المارية فى هذه المسألة ،
فالقول قول المالك مع يمينه (١) وإلى هذا القول ذهب الحنابلة والشافعية ،
واليه ذهب المالكية ، الا انهم يستثنون من ذلك ، ما اذا كان المالك مسن
يأنف عن تأجير ملكه ، حيث يكون القول قول القابض بيمينه عندهم ، فان نكل
ردت اليمين الى المالك ، واستحق الأجر بذلك (٢) .

- ١/ اما اذا ادعى المالك ، الاطارة ، والقابض الاجارة ، فلم أجد فيما اطلعت
عليه من كتب الفقهاء كلاما فى ذلك ، ما عدا الحنابلة فقد جاء فى المثنى لابن
قدامة ، ان القول قول المالك ايضا فى هذه المسألة ، لأن قابض العين
يدعى استحقاق المنافع ، ويمتدح بالأجر للمالك ، والمالك ينكر ذلك كله ،
فالقول قوله مع يمينه ، فيحلف ويأخذ عين ماله ، انظر - ابن قدامة - المثنى
ج ١٢٥/٥ .
- ٢/ الدردير - المشرح الكبير ج ٣/٣٩٥ وانظر حاشية الدسوقي عليه ، المستولى -
المهجة فى شرح التحفة ج ٢/٢٧٨ ، المولى - منهاج الطالبين وانظر
القليوبي معه فى نفس الكتاب ج ٣/٢٥ ، الانصارى - شرح المنهج ج ٣/٤٦٢ /
ابن قدامة - المثنى ج ٥/١٢٤ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٤/
٢٥ الرداوى - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج ١١٨/١١٢ .

القول الثاني : ان القول في هذه المسألة ، قول قابض الممين مع يمينه ، وإلى هذا

ذهب الاحناف وهو وجه ضد الحنابلة والشافعية . (١)

ويلاحظ هنا ، أن الشافعية والحنابلة ، وان اتفقوا مع الاحناف ، في ان القول قول القابض مع يمينه على هذا الوجه عندهم ، الا أن لكل من الفريقين تمليله .

فالأحناف ، يملكون لذلك ، بأن كلًا من مالك الممين ، وقابضها ، قد تصادقا على ان استعمال الممين حصل بالاذن ، ثم مالك الممين يد في على القابض الأجر ، وهو منكر له ، فالقول قوله لانكار ذلك وهذا بخلاف الممين ، فإنه اذا هلك مال الضمير في يده ، فقال وهبها لي ، وقال المالك بل بمحتها منك فانه يكون ضامنا ، لأن الممين مال متقوم بنفسه ، فلا يحق حتى المالك من ماليته الا باسقاطه أما المنفعة ، انما تأخذ حكم المالية والتقم بتقيد الاجاره ، وبذلك عين المال في هذه المسألة يد عسى ذلك ، والقابض منكر ، فلهذا لا يضمن شيئا " (٢)

ويمكن ان يناقش هذا ، بما سبق من أن منافع الاعيان ه اموال يمكن تقويمها ، كما هو رأي جمهور الفقهاء ، وقد سبق بيان أدلتهم على ذلك ، فلا داعي لاعتدائها ، وعلى هذا ، فليس من الضروري ، لضمان منافع الممين أن تكون ضمن عقد اجارة . (٣)

وأما الحنابلة والشافعية ، فعملوا لما ذهبوا اليه " بأن كلًا من مالك عين المال ، والقابض اتفقا على أن المنافع تلفت ، على ملك القابض ، وادعى المالك عوضا لهما ،

١/ المراجع السابقة ، السرخسي - المبسوط ج ١١/ ١٤٩ ، نظام - الفتاوى

الهندية ج ٤/ ٤٧٦/ ٤٨٢ .

٢/ السرخسي - المبسوط ج ١١/ ١٤٩ .

٣/ انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة ص ص

والأصل عدم وجهه ، وبراءة ذمة القابض منه ، فكان القول قوله . " (١)

ويمكن أن يناقش هذا التمثيل ، " بأن منافع الأعيان المملوكة لا تنتقل ملكيتها في الأصل عن مالكيها ، إلا بنقل المالك لها ، ومن هنا يكون القول قول مالك المنفعة في كيفية انتقال ملك المنفعة مع يمينه ، قياسا على الأعيان في ذلك ، فإذا حلف على إنشاء عقد الإجارة استحق الأجر " (٢) .

ومن هنا فالذي يظهر لي ، رجحان أن القول قول المالك في هذه المسألة ، كما ذهب إلى ذلك الحنابلة والشافعية على الأصح ، والمالكية أيضا . " وذلك نظرا إلى أن المالك ، والقابض اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك القابض ، فكان القول قول المالك ، كما لو اختلفا في عين ، فقال المالك : بمحتكها وقال الآخر : وهبتها ، ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والمقد طيها ، ولو اختلفا في الأعيان ، كان القول قول المالك ، كذا ههنا " (٣) .

١/ ابن قدامة - المبنى ج ١٧٤/٥ ، بشي من التصرف ، وانظر - ابن مفلح -

المبدع في شرح المقنع ج ١٤٨/٥ الرافعي - فتح الميز شرح الوجيز

ج ٢٧٢/١١ ، مطبوع مع تكملة الجليل للسبكي ، الشريفي - منى المحتاج

إلى مصرفة ممانى الفاظ المنهاج ، ج ٢٧٤/٢ ، الرولى - نهاية المحتاج

إلى شرح المنهاج ج ١٤٠/٥

٢/ ابن قدامة - المبنى ج ١٧٥/٥ ، وانظر - ابن مفلح - المبدع في شرح

المقنع ج ١٤٨/٥

٣/ المرجعين السابقين ، وانظر - الرافعي - فتح الميز شرح الوجيز ج ٢٣٣/١١

الرولى - نهاية المحتاج ، ج ١٤٠/٥ ، الشريفي - منى المحتاج

ج ٢٧٤/٢

اما اذا كان الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة ، والعين تالفة : فلا يخلو الأمر ،
 اما أن يكون الاجر بقدر قيمة العين واما ان يكون احدهما أكثر من الآخر .
 فان كان الأجر بقدر قيمة العين ، او كان ما يدعيه المالك منهما ، اقل مما
 يعترف به القايض ، فالقول قول المالك بدون يمين ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون
 المالك هو المدعي للاجارة ، او الاطارة ، وذلك نظرا الى عدم النائدة من يمين
 المالك ، على شيء يعترف به القايض .

واما اذا كان الأجر أكثر من القيمة ، او العكس ، وادعى المالك الأكثر
 منهما ، فالقول قول المالك مع يمينه لما سبق من أن كلا من المالك ، والقايض مختلفان
 في كيفية انتقال الملك في المنافع ، فكان القول للمالك كما لو اختلفا في العين ، لأن
 المنافع تجري مجرى الايمان في الملك والمقد عليها .
 وإلى هذا التفصيل ، ذهب الشافعية ، والحنابلة (١) وهو راجع الى ان المارسة
 مضمونة على الراجح ضدهم لا أمانة ، ومن هنا ساء هذهم ان يكون المالك مدعي
 قيمة العين في هذه المسألة ، اذا ادعى الاطارة (٢) . ولقد سبق ان بينت بأدلة
 قوية ، رجحان ان المارسة أمانة ، كما هو رأى الأحناف ومن معهم من الفقهاء في ذلك (٣)

١/ ابن قدامة - المبنى ج ١٧٦/١٧٥/٥ ، ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع
 ج ١٤٩/١٤٨/٥ - المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ٦/
 ١١٩ ، الهيثمي - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤٣٦/٥ مطبوع مسج
 طابعتي الشرواني والعبادي ، الشرييني - معنى المحتاج الى معرفة معاني
 الفاظ المنهاج ج ٢٧٤/٢ .

٢/ انظر من هذه الرسالة .

٣/ انظر من هذه الرسالة .

وأذا ثبت بما سبق ان المارية امانة في يد المستمير ، فالذى يظهر لى ان المالك فى الواقع لا يدعى قيمة الصين اذا تلفت ، سواء أكان مدعيا الاطارة او الاجارة ، لأن كلا المقدين ، عقد امانة ، لا تضمن الصين فيهما ، الا بالتمدى ، او التقصير .

وعلى هذا ، فلا يعتبر اذ طء المالك المارية فى هذه المسألة ، اذ طء بحق من حقوقه . لأنه اقرار فى الواقع منه ببراءة ذمة القابض ، من ضمان الصين ، فلو كان القول قوله هنا ، فلا يستفيد من ذلك شيئا .

وطيه فلا يكون الخلاف بين المالك ، والقابض فى هذا الجانب من هذه المسألة مفيدا . وانما يكون الخلاف مفيدا اذا ادعى المالك ، الاجارة ، والقابض المارية ، حيث يعتبر القول قول المالك فى هذه المسألة بيمينه ، فاذا حلف استحق الاجره ، لأن الاصل فيها يقبضه الانسان من ملك غيره الضمان سواء أكان منفعة ، او عينا كما هو رأى جمهور الفقهاء ، ولما كانا متفقين على عدم ضمان الصين ، لأنها امانة ومختلفين فى ضمان المنفعة وجب تقديم قول المالك فى اذ طئه الضمان مراعاة للاصل .

والذى يظهر ، ان الاحناف لا يرون فى اذ طء المالك الاطارة هذه المسألة ، اذ طء بضمان الصين ، لان المارية امانة عندهم لا تضمن الا بالتمدى والتقصير (١) . أما اذ طئه الاجارة ، فهو اذ طء بضمان المنفعة فاذا ادعى المالك الايجار وانكر القابض ، فالقول قول المنكر عندهم ، كما أشار الى ذلك السرخسى (٢) ، والذى يظهر لى ، ان الراجح ما ذهب اليه الجمهور من المنافع مضمونة مطلقا سواء أكانت ضمن عقد الايجار أولا ، وقد سبق بيان وجه ذلك ، واذا كانت المنافع مضمونة ، فالقول قول المالك ،

١/ السمرقندى — تحفة الفقهاء ج ٢٤٤/٣ / الميدانى — اللباب فى شرح الكتاب

ج ٢٠٢/٢ .

٢/ السرخسى — المبسوط — ج ١١/٧٨/٧٩/١٤٩ .

٣/ انظر الفقهات التالية : هذه الرسالة :

لما سبق من ان الأصل فيما يقبضه الانسان من ملك غيره الضمان (١) .
الصورة الثانية : اذا اختلف مالك الممين وقابضها ، فادعى احدهما النصب ، والآخر
 المارية ، فلا يخلو الأمر : اما ان يكون الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة ، والممين
 قائمة او تالفة ، واما ان يكون الاختلاف بعد مضي مدة لها لجرة والممين قائمة او تالفة .
 فان كان الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة ، والممين قائمة : ردت الممين الى مالكها ،
 اذا لا معنى ، للاختلاف في ذلك ، طالما ان الممين قائمة ، ولم تمض مدة لها اجرة ،
 فلم تفت الممين ، ولا المنفعة ، حتى يمكن ان يدعى ذلك ، والى هذا ذهب الشافعية
 والحنابلة ، والظاهر ان الاحناف والمالكية لا يمانعون في ذلك لعدم وجود ما يوجب
 الخلاف ، حتى يمكن ان يكون القول لاحدهما دون الآخر . (٢)

أما اذا كان الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة ، والممين تالفة ، فلا معنى للاختلاف
 ايضا ، عند الشافعية والحنابلة ، وهو ظاهر ما ذهب اليه المالكية في طرية ما يفتاب عليه . (٣)

١/ انظر الصفحات التالية من هذه الرسالة :

٢/ ابن قدامة — المغنى ج / ١٢٦/٥ ، البهوتى — كشف القناع عن متن الاقناع
 ج / ٢٥/٤ ، المرداوى — الانصاف في معرفة الراجع من الخلاف ج / ١١٩/٦ ،
 الانصارى — اسنى المطالب شرح روض الطالب ج / ٣٣٥/٢ ، الشربيني —
 الاقناع في حل الفاظ ابى شجاع ج / ١٣٦/٣ ، وانظر حاشية ، البيهقي
 عليه وهى مطبوعة معه في كتاب واحد ، الارزبلى — الانوار لامال الابراج / ١/
 . ٥٢٥

٣/ المراجع السابقة ، التمولى — المبهجة في شرح التحفة ج / ١٦٩/٢ / ٢٢٨

لأن كلا من الممين المارة والمفصولة ، مضمونة عندهم ، فتجب قيمة الممين المارة على المستحير كوجب قيمة الممين المفصولة ، على الفاسب (١) .

وذهب الاحناف الى ان القول قول المالك في هذه المسألة ، ان ادعى النصب ، وكان الفاسب قد استعمل عين المال ، وان لم يستعملها ، فالقول قول القابض حينئذ ، لأنه ان لم يستعملها ، فقد اقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه ، والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو النصب ، فيكون القول قول المنكر ، وان كان استعملها ، فهو ضامن لها ، لأن السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال مال الغير بدون اذنه ، والاذن المسقط للضمان ، لا يثبت بدعواه " (٢)

اما ان ادعى المالك الاطارة في هذه المسألة ، فلا يكون ادعائه حينئذ ، ادعاء بقيمة الممين لأن المارة امانه ، وانما يكون ادعائه الاطارة حينئذ اقرارا منه ببراءة القابض من الضمان .

وهذا ما أميل الى ترجيحه ، لما سبق وان بيئت بأدلة قوية ، رجحان قول من قال من الفقهاء ، بأن المارة امانة لا مضمونة . (٣) .

اما اذا كان الاختلاف بحد مضي مدة لها أجرة ، والممين قائمة ، فاذا ادعى المالك النصب فأنكر القابض وادعى المارة ، فللفقهاء في وجوب اجرة المثل قولان ، كالقولين السابقين في وجوب الأجر اذا ادعى المالك الاجارة ، والقابض المارة ، والممين قائمة ، وقد مضى مدة لها أجرة ، فليراجع ذلك (٤)

١ / المراجع السابقة .

٢ / السرخسي - المبسوط ١٤٩/١١

٣ / انظر من هذه الرسالة .

٤ / انظر من هذه الرسالة .

أما إذا كان الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة ، والمعين تالفة ، فالتفصيل في ضمان
المعين حينئذ ، كالتفصيل فيما إذا كان الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة والمعين
تالفة ، والتفصيل في ضمان المنفعة هنا ، كالتفصيل في الاختلاف بعد مضي مدة لها
أجرة والمعين قائمة ، فليراجع ذلك . (١)

الصورة الثالثة : إذا اختلف المالك ، والقابض ، في الأيداع ، والاطارة ، فادعى
أحد هما الأيداع والآخر المارية ، فالقول قول المالك مع يمينه سواء كان هو مدعى
الاطارة أم الأيداع . وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة ، لأن المالك ، أن ادعى
الاطارة ، فهو يدعى ضمان المعين أن كانت تالفة وإن كان يدعى الأيداع ، والمعين قائمه ،
فهو يدعى أجرة ما استخدمها القابض فيه ، والأصل فيما يقيضه الإنسان من مال غيره
الضمان ، سواء أكان ، عينا أو منفعة . (٢)

وهذا راجع إلى أن المارية عندهم مضمومة ، أما الأحناف فالذي يظهر من مذهبيهم ،
أن المالك أن ادعى الاطارة والقابض الأيداع ، فلا وجه للاختلاف حينئذ سواء أكانت
المعين باقية أو تالفة ، لأن المالك لا يدعى على القابض ، ضمان المعين ولا المنفعة ،
والمستعير لا يحاول أن يتخلص من ضمان أحدهما بانكار ما ادّعه المالك ، لأن المعين
أمانه في كلا المقدين . (٣)

١/ أنظر الصفحة رقم من هذه الرسالة .

٢/ الرداوى - الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ١١٩/٦ ، البهوتى -

كشف القناع عن متن الاقناع ج ٧٥/٤ حاشية الشروانى على تحفة المحتاج

ج ٤٣٦/٥ مطبوعه مع تحفة المحتاج وحاشية ابن قاسم المبادئ الانصارى -

أسن المطالب شرح روض الطالب ج ٣٣٥/٢

٣/ أنظر الصفحات التالية من هذه الرسالة :

وكذلك لا وجه للاختلاف ايضا ، ان ادعى المالك الايداع ، والقابض المارية ، ان كانت
المعين قائمة لأن المالك اذا ادعى الايداع ، فانما يدعيه ليتوصل الى ضمان المنفعة
التي استوفاهها القابض ، ومنافع الاعيان غير مضمونة عند الاحتاف ، ولقد سبق ببيان
أن الراجع ضمانها . (١) .

أما اذا كانت المعين تالفه ، فالمالك باطلائه الايداع ، يدعى ضمان المعين ان استخدمها
القابض وقيا سما ذهبوا اليه في الصورة الثانية ان القول هنا قول المالك ، ان استخدم
القابض المعين لأن المالك يدعى الايداع ، والقابض ينكره ، فاذا استخدم المعين فقد
ظهر سبب الضمان ، وهو استخدام ملك الغير بدون اذنه ، وادعاء الاذن لا يثبت
بدعواه . (٢) .

اما اذا لم يستعملها ، فلا وجه للخلاف حينئذ بينهما فيما يظهر ، سواء كانت المعين
تالفة او قائمة لأنها ان كانت تالفه ، فكل واحد منهما معترف بعدم الضمان ، لأن المعين
في كلا القدين أمانة وان كانت قائمة فلا وجه ايضا للخلاف حتى وان كان المالك هو
المدعى للايداع ، وقد مضى مدة لها أجرة ، وثبت ان القابض قد استخدمها خلال تلك
المدة ، لما سبق من أن المنافع عند الاحتاف غير مضمونة ، الا اذا كانت ضمن عقد
الايجار ، وقد سبق بيان ان المنافع مضمونة مطلقا كما هو رأى جمهور الفقهاء . (٣) .
وطى هذا ، فالذى يظهر لى ، ان القول قول المالك هنا ، بيمينه ، فيحلف ويستحق
الأجرة ، لأن الأصل فيما يقبضه الانسان من ملك غير الضمان سواء أكلان عينا او منفعة ،
والله تعالى أعلم بالصواب .

-
- | | | |
|----|---------------------------------------|------------------|
| ١/ | أنظر الصفحة رقم | من هذه الرسالة . |
| ٢/ | أنظر الصفحة رقم | من هذه الرسالة . |
| ٣/ | أنظر الصفحات التالية من هذه الرسالة . | |

الفصل الثالث : فيما ينشأ من اختلاف بين المميز والمستميز

بعد انشاء عقد العارية

- ذكر الفقهاء من الاختلافات التي تنشأ ، بين المميز والمستميز ، بعد قيام عقد العارية بينهما ، خمس صور يمكن بيانها في المسائل التالية :
- المسألة الأولى : الاختلاف في الاطلاق والتقييد .
 - المسألة الثانية : الاختلاف في اشتراط بعض الشروط .
 - المسألة الثالثة : الاختلاف في صفة الميمن الممارة او قيمتها عند التلف .
 - المسألة الرابعة : الاختلاف في رد الميمن الممارة .
 - المسألة الخامسة : الاختلاف في سبب هلاك الميمن الممارة .

وسأحاول فيما يلي بيان كل مسألة على حده ، راجيا من المولى المولى القدير أن يوفقني فيما أنا مقدم عليه .

المسألة الأولى ، الاختلاف في الاطلاق والتقييد :

إذا اختلف المميز والمستميز في الاطلاق والتقييد ، فقال المميز مثلاً اعرتك هذه السيارة من جدة الى مكة ، فسافرت بها الى الطائف ، فيجب عليك الضمان ، وقال المستميز : بل اعرتني من جده الى الطائف فلا ضمان على في ذلك ، أو قال المميز : اعرتك هذه السيارة لتستخدمها ثلاثة أيام ، فاستخدمتها أربعة فعليك الضمان ، فقال المستميز : اعرتني سيارتك اطرة مطلقه ، فلا يلزمني الضمان ، فان للفقهاء فيمن يصدق منهما ، قولين :

القول الأول : ان القول ، قول المميز . هذه المسألة ، والى هذا ذهب كل من

الأحناف والحنابلة ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الشافعية ، إذ أن القاعدة عندهم ، ان من صدق في شيء صدق في صفته ، ولو اختلف المميز والمستميز في اصل العارية ، فالمدق

عندهم المصير وطى هذا ، فيصدق المصير فى الصفة التى تم طيها المقد (١)

- ١/ الكاسانى - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٣٩٠٢/٩ ، ابن طبردين -
 حاشية قرة عيون الاخبار تكملة رد المحتار ج ٤١٦/٣٦٩/٨ ، المرخسى -
 المبسوط ج ١٤٣/١١ ، الرولى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ١٣٥/٥/
 ١٤١ ، البهيلى - تحفة المحتاج الى شرح المنهاج ج ٤٣٧/٤٣٠/٥ مطبوع
 بهامش حاشيتى الشروانى والمبادئ ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع
 ج ٦٨/٤ ، ابن قدامة - المنى ج ١٧٣/٥ ، ابن مفلح - المبدع فى شرح
 المفتاح ج ١٤٢/٥ .

يحسن بى أن أشير هنا ، الى ان الخلاف اذا وقع بين المصير والمستعير ففى
 الاطلاق والتقييد ، فلا يغلو الأمر ما أن تكون العين قائمة ، بعد أن استوفى
 المستعير المنافع ، الزائدة عن القيد ، الذى ادّاه المصير ، وما ان تكون تالفة
 بعد أن استوفى تلك المنافع .

فان كانت العين قائمة ، وجب على المستعير حينئذ ، اجرة مثل ما زاد عن القيد
 الذى ادّاه المصير فقط ، هذا عند الحنابلة ، والشافعية ، أما عند الاحناف ،
 فلا يجب شيئا من ذلك ، وانما يأخذ المصير عين ماله ، دون أن يكون لسه
 الحق فى مطالبة المستعير بأجرة ما زاد عن القيد ، طالما أن العين ، سليمة ،
 اما اذا كانت العين تالفة ، فيجب عند الحنابلة والشافعية ، أجرة مثل ما زاد ،
 بالإضافة الى ضمان العين نفسها ، أما الأحناف ، فلا يجب عندهم الا ضمان
 العين فقط ، وسبب الخلاف بين الاحناف والشافعية ، والحنابلة ، خلافهم
 فى مالية المنافع ، فمن قال منهم ان المنافع ، أموال ، يمكن تقويمها مطلقا
 ضمن عقد الايجار وغيره ، كما هو رأى جمهور الفقهاء ، قال بوجوب ضمان المنفعة
 الزائدة عن القيد المدعى ، ومن قال بعدم ماليتها ، قال : بعد ضمان المنفعة
 لمدم تنقسم ، الا ضمن عقد الايجار ، ولقد سبق عند الكلام على الضمان فسى

القول الثاني : ان القول ، قول المستحير في هذه المسألة ، " لأن رب الدايعة يدعى سبب الضمان وهو المخالفة الى ما هو اكثر من المدة التي حددها المصير ، والمستحير منكر لذلك ، فكان القول قوله " والى هذا القول ذهب ابن ابي ليلى (١) القول الثالث : اذا كان الاختلاف بين المصير والمستحير ، قبل استخدام المصير - المصاراة ، فالقول قول المصير يبينه فن نفى الزائد عن القيد ، لأن المستحير ممدح زيادة الأصل عدمها ، وان كان الاختلاف بعد استخدام المصير المصاراة فيها زاد من القيد الذي ادخله المصير ، فالقول قول المستحير مع يمينه في نفى الضمان ان تلفت المصير ، او نفى ما زاد عن القيد المدعى ، هذا ، ان اشبه قوله ، لأن الأصل عدم الصداء ، اما اذا لم يشبهه ، فالقول حينئذ قول المصير ، والى هذا التفصيل ذهب المالكية (٢) ويمكن ان يناقش هذا القول ، والقول الثاني : " بان الاذن فنى استخدام المصير المصاراة ، انما يستفاد من جهة المصير ، ولو انكر المصير اصل الاذن ،

== عند المارئة : ان الراجع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من اعتبار المنافع أموال يمكن تقويمها ، فليراجع ذلك ، انظر في هذا - الارديلي - الأنوار لأعمال الابرار ج / ١ / ٥٢٢ / ٥٢٣ ، حاشية الرولى على اسنى المطالب ج / ٢ / ٣٣٠ مطبوع بهامش الاسنى ، البهوتى - كشف القناع عن متن الاقتناع ج / ٤ / ٢٢٠ / ٧٠ / ٦٨ ، ابن قدامه - المعنى ج / ٥ / ١٦٤ / ١٦٥ / ١٧٣ ، السرخسى - المبسوط ج / ١١ / ٧٨ / ٧٩ / ١٤٥ / ١٤٦ ، على حيدر - درر الحكم شرح مجلة الاحكام ج / ٢ / ٣٠٧ / ٣٠٨ مادة (٨١٤) .

١ / السرخسى - المبسوط ج / ١١ / ١٤٣ ، بشىء من التصرف
٢ / الدردير - الشرح الكبير ج / ٣ / ٣٩٥ ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقى عليه ،
التسولى - البهجة فى شرح التحفة ج / ٢ / ٢٧٧ / ٢٧٨ ، شرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل ج / ٦ / ١٣٤ ، المواق - التاج والاكليل لمختصر خليل ج / ٥ / ٢٧١ / ٢٧٢ ، مطبوع بهامش مواهب الجليل .

كان القول قوله ، فكذلك اذا انكر الاذن على الوجه الذى انتفع به المستمير ، وهذا لأن سبب وجوب الضمان قد ظهر ، وهو احتمال عين مال الثبير ، والمستحيل يدعى ما يسقط الضمان منه ، وهو الاذن ، وصاحبها منكر لذلك ، فاذا حلف فقد انتفى عن المسقط ويبقى المستمير ضامنا بالسبب الظاهر " (١)

ومن هنا ، فالذى يظهر لى رجحان ان القول فى هذه المسألة قول المصير ، لأن المالك فى الواقع مدعى طيه ، فكان القول قوله ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال للمدعى حينما سأل القضاة فيما ادّعى عليه : " شاهدك أو يمينه " (٢)
المسألة الثانية ، الاختلاف فى اشتراط بعض الشروط :

اذا اختلف المصير والمستمير ، فى اشتراط شرط لا يخالف مقتضى قد العارية ، كما اذا قال معير الأرض : اعرفك ارضى للقوس على أن تقلع ما غرسه عند انتهاء عقد العارية ، فقال المستمير : بل اعترنى لذلك ولم تشتراط على القلع ، فللفقهاء فيمن يصدق قوله منهما ، قولان :

القول الأول : ان القول فى هذه المسألة قول المصير ، والى هذا ذهب الشافعية (٣)
القول الثانى : ان القول قول المستمير فى هذه المسألة ، لأن الاصل عدم الشرط ،

-
- ١/ السرخسى - المبسوط ج ١٤٣/١١/ بشىء من التصرف .
 - ٢/ ابن قدامة المشنى ج ١٧٣/٥ ، هذا الحديث سبق تخريجه ، انظر من هذه الرسالة .
 - ٣/ الرولى - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ١٣٥/٥ ، الهيمى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٤٣٠/٥ ، الشريئى - معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج ٢٧١/٢ .

واحترام مال المستشير ، وإلى هذا ذهب الأذري^ص الشافعية . (١)

ويمكن أن يناقش هذا القول : بأن الأصل . أن من صدق في شيء صدق في صفته ،
والمعير والمستشير لو اختلفنا في أصل عقد المارية ، صدق المعير ، فيصدق حينئذ في
صفة هذا العقد .

والذي يظهر لي ، أن الكلام في اختلاف المعير والمستشير في هذه المسألة ، كاللزام
في اختلافهما من الإطلاق^{حيث} والتقيد ، إذ كل منهما لا يخرج عن كونه خلافاً في شرط
من الشروط ، فكما يصح أن يقال : بأن المعير اشترط قلع الفرس من الأرض المارة ،
يصح أن يقال : أن المعير اشترط تقيد المارية بنوع من أنواع الانتفاع .
وإذا كان الخلاف في هذه المسألة ، كالخلاف في المسألة السابقة ، فالذي يظهر لي :
أن القول هنا قول المعير ، كما كان القول قوله في المسألة السابقة . (٢)

المسألة الثالثة : الاختلاف في صفة العين المارة أو قيمتها عند التلف :

إذا اختلف المعير ، والمستشير في صفة العين المارة أو في قيمتها بعد تلفها ،
فالقول حينئذ قول المستشير في ذلك مع يمينه ، وذلك نظر " إلى أن المستشير غارم ،
ومنكر لما يدعيه المعير ، من الزيادة ، والأصل عدمها ، إلا أن يكون للمعير بينة " هذا
إذا شبه قول المستشير ، أما إذا لم يشبهه فالقول قول المعير . وإلى هذا التفضل ذهب
الحنابلة ، وإليه ذهب المالكية في صفة العين المارة (٣) .

والذي يظهر لي ، أن الاختلاف ، وكذلك الشافعية على أحد القولين عندهم ، لا يخالفون
الحنابلة في هذه المسألة ، إذ قد وجدت في كتاب النصب عندهم : أن الناصب ،
والمُنْصَب منه إذا اختلفا في صفة المنصوب أو قيمته بعد تلفه ، فالقول قول الناصب ،

١ / المراجع السابقة
٢ / انظر الصفحة رقم من هذه الرسالة .

٣ / البهوتي - كشف القناع عن معن الاقتناع ج ٤ / ٦٨ ، التوسل - البهجة في شرح
التحفة ج ٢ / ٢٢٦ .

وظلوا لذلك " بأن الاصل براءة ذمة الناصب ما زاد ، ولأنه منكر للزيادة فكان القول قوله " (١) قلت : وإذا ثبت هذا الأمر في الناصب ، فالذي يظهر لى أن ثبوته في المستعير اولى ، لأن الناصب ، أخذ عين المال بدون اذن ، والمستعير أخذه باذن ولأن المال أمانه في يد المستعير وخاصة عند الاحتماف ، ومضمون في يد الناصب بلا خلاف اعلمه بين النقهاء (٢) .

وأما المالكية ، فالذي يظهر مما جاء في كتاب النصب ، ان القول في قيمة المين ، قول المستعير ايضا بيمينه ان اشبه قوله ، وان لم يشبهه فالقول قول المعير بيمينه ان اشبه قوله ، فان لم يشبهه قول احد هما قضى بأوسط القيم بعد ان يحلف كل واحد منهما بنفى دعوى صاحبه ، وثابت دعواه (٣) .

المسألة الرابعة ، الخلاف في رد العين المحارة :

إذا اختلف المعير والمستعير في رد العين المحارة ، فقال المعير للمستعير مثلاً :

أررد الى مالى الذى استعيرته ، وقال المستعير : ردته اليك ، فلفقها فيمن يصدق منهما بينه قولان :

- ١/ الكاسانى - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ١/ ٤٤٥١ ، النووى - روضة الطالبين ج ٥/ ٢٨ ، الشيرازى - المهذب ج ١/ ٣٨٣ .
- ٢/ انظر من هذه الرسالة ، الميدانى - اللباب في شرح الكتاب ج ٢/ ١٨٨ ، شرح الخرشف على مختصر سيدى خليل ج ٦/ ١٣١ ، الشربى - الاتقان في حل الفاظ ابي شجاع ج ٣/ ١٤١ ، ابن مفلح - المبدع في شرح المقنع ج ٥/ ١٥٠/ ١٥١ وما بعدها .
- ٣/ شرح الخرشف على مختصر سيدى خليل ج ٦/ ١٤٥ - شرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل ج ٦/ ١٥٢ .

القول الأول : يصدق المستقيم بيمينه في هذه المسألة ، وإلى هذا ذهب الاحناف ،
وإليه ذهب المالكية في طرية ما لا يثاب عليه / ٤

القول الثاني : يصدق المصير في هذه المسألة بيمينه ، لأن الأصل عدم رد المصير
المعارة ، وإلى هذا القول ذهب الشافعية ، والحنابلة ، وإليه ذهب المالكية
في طرية ما يثاب عليه . (١) .

ويمكن أن يناقش هذا القول : " بأن القاعدة ، أن من قبل قوله في الضياع ، والتلف
تضمن في الضمان ، قبل قوله في الرد إلى من دفعه إليه ، إلا أن يكون
أخذه بينة مقصودة للتوثيق فإنه لا يقبل قوله في رده الإيمينية " (٢) .

ولعل هذا هو الراجح ، لأن المستقيم يقبل قوله في التلف والضياع ، مع يمينه ، نظراً
إلى أن العارية أمانة في يد المستقيم ، لا تضمن ، إلا بالتمديد والتقصير في حفظها ،
كما سبق بيان رجحان ذلك بأدلة قوية ، (٣) وإليه فيقبل قوله في ردها مع يمينه ،
إذ أن القاعدة ، أن كل أمين ادعى إيصال ما أؤتمن عليه قبل قوله مع يمينه . (٤) .

- ١/ الشريفي - الاقتناع في حل الفاظ أبي شجاع ج / ١٣٧/٣ مطبوع بهامش —
حاشية البيهقي ، حاشية الشرقاوي على التحرير ج / ٩٤/٢ ، حاشية الباجوري
على شرح ابن قاسم الشافعي ج / ٦٥/٢ البهوتي - كشاف القناع من مستن
الاقتناع ج / ٧٥/٤ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣٩٥/٣ المواق -
التاج والالكلي لمختصر خليل ج / ٢٧٢/٥ مطبوع بهامش مواهب الجليل ،
شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ١٢٨/٦ .
- ٢/ شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج / ١٢٨/٦ .
- ٣/ المرجع السابق ، وانظر من هذه الرسالة .
- ٤/ الحصكى - الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج / ٤٠٨/٨ مطبوع بأعلى صفحات
تكملة رد المختار .

المسألة الخامسة ، الاختلاف في سبب هلاك الممين المارة :

إذا اختلف المعير والمستعير في سبب هلاك الممين المارة ، فلا يخلو الأمر :
 أما أن يدعى المعير تلف الممين ، بتمدى المستعير أو تقصيره ، والمستعير
 ينكر ذلك ويدعى تلفها بأقعة مساوية .

وأما أن يدعى المستعير استهلاكها بالاستعمال المأذون ، وينكر المعير
 ويدعى استهلاكها بنفيه . فإذا ادعى المعير تلف الممين المارة بتمدى المستعير
 أو تقصيره ليضمنها ، فأنكر ، وادعى تلفها ، بأقعة مساوية أو نحو ذلك ليستخلص من
 الضمان ، فالقول حينئذ قول المستعير مع يمينه ، وذلك نظرا . الى أن قد المارية
 قد أمانة ، فالمستعير مؤتمن على الممين المارة ، والمؤتمن يصدق بيمينه في ادعاء
 هلاك الأمانة بدون تعد أو تقصير منه ، ما لم تقم بينة . على خلاف ذلك ، وإلى هذا
 ذهب الاحناف واليه ذهب المالكية في طرية ما لا يناف عليه ، أما طرية ما يناف عليه
 فالقول فيها عندهم قول المعير ، فيجب ضمانها بقوله ، إلا إذا اثبت المستعير تلفها
 بدون صديقه على الأصح عندهم (١) . وأما الشافعية ، والحنابلة ، فلما كانت المارية
 على أصح الأقوال عندهم ، مضمونة بكل حال ، سواء تلفت بأقعة مساوية ، أو بتمدى من
 المستعير أو تقصير منه ، إلا إذا استهلكها الاستعمال المأذون ، كان خلاف المعير

(١) السرخسي - المبسوط ج / ١١ / ١٤٨ ، ابن عبد البر - كتاب الكافي في فقه
 أهل المدينة المالكي ج / ٨٠٨ / ٢ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣٩٢ / ٣ .
 سبق بيان أن المارية عند المالكية أمانة لا تضمن إلا بالتعدى والتقصير ، إلا
 أن طرية ما يناف عليه استثنيت من ذلك عندهم فاعبروها مضمونة إلا إذا ثبت
 هلاكها أو ضياعها بدون سبب المستعير ، وسبق بيان وجه ذلك فاليراجع ،
 أنظر ص

والمستعير في هذه المسألة ، فيما يبدو خلافا لافائدة فيه عندهم ، وهذا ما يفسره عدم ذكرهم لهذه المسألة في كتبهم ، وذلك نظرا الى أن المصير اذا ادعى هلاك العين المصاراة ، يتعدى المستعير ، فانما يطاول بذلك ايجاب ضمان العين المصاراة على المستعير ، وهي مضمونة بكل حال عندهم ، بلا فرق بين هلاكها بالتعدى او هلاكها بأفة مساوية ، فلا يكون حينئذ ، باعطائه هذا ، مطالبا بحق ينكره خصمه ، وانما هو يطالب بحق خصمه معترف به ، ولا فائدة في الواقع من الاختلاف حول أمر كهذا وهذا ظاهرا أحد القولين عن الامام مالك ، في طرية ما يقاب عليه ، ان قد روى عنه انها مضمونة بكل حال حتى وان ثبت هلاكها بأفة مساوية (١)

والواقع ، فيما يظهر لى : ان المصاراة أمانة ، غير مضمونة ، كما سبق بيان ذلك بأدلة قوية ، واذا ثبت بما سبق ان المصاراة أمانة (٢) ، فالذى يظهر لى هنا ، رجحان ما ذهب اليه ، كل من الأحناف والمالكية ، من أن الخلاف في هذه المسألة منبذ ، وأن القول قول المستعير منها ، لأن القاعدة عند الفقهاء ، ان المؤتمن مصدق في دعوى هلاك الامانة بدون تعد او (٣) تقصير .

أما اذا ادعى المستعير استهلاك العين المصاراة بالاستعمال المأذون فيه ، وادعى المصير استهلاكها بغيره ، فللفقهاء فيمن يصدق منهما قولان :
القول الأول : يصدق المستعير في هذه المسألة ، والى هذا ، ذهب الأحناف

١/ أنظر الصفحات التالية من هذه الرسالة .

٢/ أنظر ص من هذه الرسالة .

٣/ الحصكى - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٤٠٨/٨ / مطبوع بأطلى

صفحات تكملة رد المحتار .

والمالكية في طرية لا يناب عليه ، وهو أحد القولين ضد الشافعية ، ومن روجه منهم
 الشهاب الرملى والبيجورى ، والشروانى وغيرهم ، وهو ظاهر ما ذهب اليه الحنابلة (١)
القول الثانى : بصدق المعير في هذه المسألة ، وذلك نظرا الى " أن الاصل فسى
 الحاربة الضمان حتى يثبت ما يعقظه " فاذا أقام المستعير البيئة التى تثبت سقوطه ،
 ثبت له حينئذ عدم الضمان ، وان لم يقمها حلف المعير ، واستحق الضمان ، والسى
 هذا القول ذهب الشافعية فى أحد القولين عنهم ، واليه ذهب المالكية فى طرية
 ما يناب عليه (٢) .

ويمكن أن يناقش هذا القول ، بما سبق فى باب الضمان فى عقد الحاربة ، حيث
 بينت بأدلة كثيرة رجحان ، ان الحاربة أمانة فى يد المستعير ، لا تضمن الا بالتعدى
 او التقصير ، فيكون القول قوله فى سبب هلاك المين المعارة لأمانته (٣) الا اذا اثبت
 المعير خلاف ذلك بالبيئة . على أننا لو سلمنا ، ان الحاربة مضمونة " فالمصدق ايضا
 المستعير ، لأن الأصل براءة ذمته ، ولا يرد ، أن الاصل الضمان ، لأن هذا ضمانين ،
 شغل الذمة ، ورفع اليد ، فأما الأول ، فالأصل عدمه ، وأما الثانى ، فمعناه ان اليد

١/ المرخى - المبسوط ج / ١٤٨ / ١١ ، ابن عبد البر - كتاب الكافي فى فقه
 أهل المدينة المالكي ج / ٨٠٨ / ٢ ، الدردير - الشرح الكبير ج / ٣٩٢ / ٣ ،
 الهيئى - تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج / ٤٢٢ / ٥ ، وأنظر فى نفس الصفحة
 طاشقى - الشروانى ، والعبادى على التحفة . البهوتى - كشف القناع
 عن متن الاقتراح ج / ٧٣ / ٤ .

٢/ انظر المراجع السابقة ، للمالكية والشافعية .

٣/ انظر من هذه الرسالة .

سبب لشغل الذمة ، اذا حصل استهلاك المدين المماراة بنسبة الانتفاع المأذون فيه ،
والأصل عدم حصول ما ذكر ، ومجرد وضع اليد لا يستلزم حصوله " (١)

ومن هنا ، فالذى يظهر لى رجحان أن القول فى هذه المسألة قول المستمير
لأن المارية أمانة والمؤمن مصدق فى السبب الذى هلكت به المدين المماراة ، كما
هو مصروف عند الفقهاء . والله أعلم .

والانتهاء من هذه المسألة ، أتى الى ختام الكلام فى عقد المارية ، فأرجوه
أن أكون ممن وفق فى بحث أبوابه ، وفصوله ، وباحثه ، والله أسأل أن ينفع به هذا
المعمل ، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم ، والصد لله رب العالمين .

(٧) حاشيتى الشروانى والمبادئ على تحفة المحتاج ج ٤٢٢/٥/ بشىء من

التصرف .

الخصائصة

وتشتمل على اهم نتائج هذا البحث .

من اهم النتائج التى توصل اليها البحث فى عقد الحاربية وما يلى :

اولا : ان المقتد : التزام ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء اكان هذا الالتزام صادرا من شخصين كما فى البيع ونحوه ، او من شخص واحد كما فى الوقف على غير معين ، ونحو ذلك من التصرفات التى لا يقابلها التزام من طرف آخر .

ثانيا : ان الحاربية عقد تبرع ، يترتب عليه ملك المنفعة بغير عوض ، خلافا لمن قال من الفقهاء ، بانه عقد يشتمل على الاباحة .

ثالثا : ان عقد الحاربية ، فمل غير مندوب اليه فى الجملة ، خلافا لمن قال بوجوبه من الفقهاء ، الا انه قد يعرض له ما يجعله واجبا او مباحا ، او محرما او مكروها ، فيجب كلما كانت الضرورة الى الاستمارة متأكدة ، ويباح كلما استغنى عنها ، ويحرم ، ويكره ، كلما ادى الى حرام او مكروه .

رابعا : ان لمقتد الحاربية ، كائى عقد من العقود ، اربع مقومات هى : الصيغة والمعير ، والمستعير ، والعين المحارة ، ولا خلاف بين الفقهاء فى ان عقد الحاربية لا يمكن تصور وجوده ، وعند تخلف احد هذه المقومات .

خامسا : ان الايجاب من المعير ركن فى عقد الحاربية ، اما القبول من المستعير فلا يعتبر ركنا ، وانما شرط لثبوت التصرف فى المنفعة ، حتى ان من حلف ان لا يعير ، يعنت ان اوجب عقد الحاربية ، وان لم يقبل الطرف الاخر .

سادسا : ان عقد العارية، ينمقد بكل وسيلة تدل على ارادته دلالة واضحة سواء اكانت تلك الوسيلة لفظا، او كتابة، او اشارة، او فعلا .

سابعا : ان العارية تنقسم الى مطلقة ومقيدة، والاطلاق والتقييد ففى عقد العارية، اما ان يكون من حيث الزمان، او من حيث المكان، او من حيث نوع المنفعة، او من حيث المنتفع، او من حيث بعض هذه الوجوه او كلها .

ثم ان العارية مهما كانت مطلقة فان اطلاقها لا يتعدى ماتعارف الناس عليه لما تقر عند الفقهاء من ان المعروف عرفا كالمشروط شرعا .

ثامنا : ان للمستعير فى العارية المطلقة، ان ينتفع بالعين المعارة ففى كل ما هو مهيأة له من منافع، دون ان يتعدى المتعارف عليه من ذلك .

اما المقيدة، فله ان ينتفع بها فى حدود ما قيدت به، ومثله ودونه ففى الضرر دون ان يتجاوز القيد الى ما هو اكثر ضررا، والا اصبح متعديا يجب عليه ضمان العين المعارة، ولو تلفت بعد ذلك .

تاسعا : ان للمستعير ان يعير العين المعارة لغيره، مالم ينهاه مالكها عن ذلك صراحة، خلافا لمن قال من الفقهاء بعدم جواز اعارته لغيره مطلقا مالم يأذن المعير فى ذلك صراحة .

عاشرا : ان للمستعير ان يودع العين المعارة، خلافا لمن قال بعدم جواز ذلك من الفقهاء .

الحادى عشر : ان للمستعير ان يأجر او يرهن العين المعارة، اذا اذن له المعير بذلك، اما اذا لم يأذن له، فلا يجوز حيثئذ تأجيرها او رهنها لها .
واذا فعل كان متعديا بذلك يجب عليه الضمان .

الثاني عشر : ان الاصل في المارية الجواز لا اللزوم ، وعلى هذا ، فلكل واحد من المتعاقدين في عقد المارية ، ان يرجع عن العقد في اى وقت شاء ، الا انه قد يعرض له ما يجعله لازماً ، كما اذا ترتب على الرجوع ضرر بالمستعير ، يمكن ارتفاعه عنه ببقاء المين المارة في يده مدة معينة ، حيث يتحقق في يده الى نهايتها تلك المدة باجرة مثلها جمعا بين الحقين .

الثالث عشر : ان المارية مضمونة الرد الى مالكها او مالك منفعتها ، قبل تلفها ، ايها اعارها ، لقوله عليه افضل الصلاة والسلام : " على اليد ما اخذت حتى تؤد به " .

الرابع عشر : يجب رد المين المارة في اربع احوال :

الحال الاولى : رجوع المعير عن عقد المارية .

الحال الثانية : انتهاء مدة الاعارة .

الحال الثالثة : موت المعير او المستعير .

الحال الرابعة : جنون احد المتعاقدين ، او اغماؤه ، او الحجر عليه لسفه او على المعير لقلس .

واذا وجب رد المين المارة ، فأخرجها المستعير عنده ، ولو لم يستخذمها

اعتبر متعديا بذلك ، فيجب عليه الضمان .

الخامس عشر : يبرأ المستعير من ضمان المين المارة ، بردها على صفتها

الى معيرها او وكيله في حفظها ، والقيام عليها ، او الى من في عياله ، اذا كان ممن

اسند اليه الاهتمام بها ، او كانت مما يترك في يده ولو في بعض الاوقات

او بردها الى ملك معبرها ، ان كان ذلك الملك مكانا لحفظ العين الممارة
وامثالها عادة ، كما اذا كانت دابة فردها الى الاصطبل ، او بساطا فرده الى
البيت او نحو ذلك .

السادس عشر : للمستعير ان يرد العين الممارة مع من في عياله الى
المعبر ، ولا يعتبر متمديا بذلك ، واذا لم يكن متمديا فلا ضمان عليه لو تلفت العين
الممارة في يد من في عياله .

وله ان يردّها ايضا مع اجنبى ، ولا يضمن ان تلفت في يده بدون تمديد
الا اذا كان الرد بعد انتهاء عقد الممارة ، فيجب الضمان ، لا لأنه ردها
مع اجنبى ، وانما لانه اسكها بعد مضي وقتها فكان بذلك متمديا فوجب عليه
الضمان .

السابع عشر : للمستعير ان يرد العين الممارة الى الحاكم عند غياب المعبر
ووكيله او الى الورثة عند موته او جنونه او اغماؤه ، اذا استمر الاغماؤه ثلاثا يام
فاكثر ، او الى الولي عند الحجر عليه لسفه او فساد ، ولا يكون بذلك متمديا لانه
اتى بالتسليم المتعارف عليه بين الناس ، فيبرأ من الضمان حينئذ .

الثامن عشر : اذا وجب رد العين الممارة الى المعبر ، وجب على
المستعير ان يردّها اليه حيث اخذها منه ، فلو اخذها منه في الطائف مشلا
وجب عليه ان يردّها اليه في الطائف ، الا ان يتفق اى المعبر والمستعير على
بلد او موضع آخر وذلك قياسا على رد العين المنصوبة .

وعليه فلا يجب على المستعير ان يردّها الى غير الموضع الذى اخذها منه
ولا يجوز للمعبر ان يلزمه بذلك .

التاسع عشر : اذا كانت العين المصاراة مما يفتقر الى جهد ومؤنسة عند الرد الى المصير ، فلا اعلم خلافا بين الفقهاء في وجوب ذلك على المستعير في الجملة . ويستثنى من ذلك ما اذا كان المصير مستأجرا او موصا له بالمنفعة حيث لا يجب على المستعير حينئذ اجرة رد العين المصاراة وما يتبع ذلك من جهد . هذا اذا رد العين المصاراة الى مالكها .

اما اذا ردها الى المستأجر او الى الموصى له بالمنفعة ، فتجب عليه الاجرة حينئذ .

العشرون : ان الاصل في العارية كونها امانة في يد المستعير ، لا تضمن اذا تلفت بدون تمد او تقصير .

ويعتبر المستعير متمديا ، كلما خالف تقييد المصير الى ما هو اكثر ضررا من القيد ، او خالف عرف الناس في استعمال العين المصاراة . او ارتكب امرا نهيا المستعير عنه صراحة ، ولو كان ذلك الامر مما لا اذن له فيه ، او اخف ضررا منه . وليس من الضروري ان يكون تلف العين المصاراة بنفس التمدي ، ليعتبر المستعير ضامنا ، وانما يكفي ان يقع التلف بعد التمدي في الجملة ، ولو حدث بسبب آخر .

الحادي والعشرون : اذا اشترط المصير على المستعير ضمان العارية فالعقد صحيح والشرط لازم ، وبالتالي يجب على المستعير ضمان العارية سواء تمدي فيها او لم يتمدي .

الثاني والعشرون : اذا وجب ضمان العين المعاراة ، فان كانت مطلية وجب ضمانها بمثلها ، وان كانت قيمة وجب ضمانها بقيمتها .
وتقدر القيمة ، يوم حدوث موجب الضمان ، والموجب للضمان في عقد المارية هو التمدى في الجملة .

الثالث والعشرون : ان زوائد العين المعاراة ، امانة في يد المستمير لا تضمن الا اذا تمدى عليها او قصر في حفظها ، ولا فرق في ذلك بين الزوائد المتصلة والمنفصلة .

الرابع والعشرون : ان الاصل في منفعة العين المعاراة عدم الضمان الا انه قد يمرض ما يجعلها مضمونة ، وذلك كما اذا استحققت العين المعاراة الى غير معيرها ، او جاوز المستعير قيد المعير الى ما هو اكثر ضررا ، او عندما يمرض ما يجعل عقد المارية لازما الى مدة معينة .

الخامس والعشرون : اذا طلب المعير رد العين المعاراة ، فجدد لها المستمير ، وادعى ملكيتها ، فان كان لمدعى الاعارة بينة ، ولا بينة لمنكرها ، حكم لمدعى الاعارة حينئذ بملكيتها ، واستنادا للبينات التي قدسها .

وان لم تكن لمدعى الاعارة بينة على ما يدعيه ، فيحلف المنكر على ملكيته للمعين وعدم استثمارتها من المدعى ويستحقها بذلك .

اما اذا كان لكل من مدعى الاعارة ومنكرها بينة على ملكيته للمعين ، فتقدم بينة مدعى الاعارة ، ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال .

السادس والعشرون : اذا ثبت بالبينة او بغيرها ان العين ملك لمدعى
الاجارة اعارها للمدعى عليه ، فان كانت العين باقية وجب ردها للمعير لانتهاء
عقد المارية بطلب المعير العين المارة .

ويجب على المستعير في هذه الحالة ايضا رد اجرة مثل المدة من وقت
طلب المعير للعين المارة ، الى حين ردها اليه بحد الحكم له بها .
اما اذا تلفت العين المارة في يد جاحد المارية ، وقد ثبت انها
ملك المدعى اعارها له ، وجب عليه حينئذ ضمانها ، وان ادعى انها قد تلفت بسدور
تمدد او تقصير منه .

السابع والعشرون : ان جاحد المارية ، تقطع يده ، لما روى نافع عن ابن
عمر رضى الله عنه : " قال كانت امرأة مخزومية تستعير متاعا على السنة جاراتها
وتجده ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يدها " .

الثامن والعشرون : اذا اختلف مالك المال وقابضه في قبض المال ، اكان
على سبيل المارية ام على سبيل الاجارة ، فان كان الخلاف قبل مضي مدة لها
اجرة والعين قائمة ، فالقول قول قابض العين مع يعينه ، لان الاصل عدم عقد الاجارة
وبراءة ذمته من الاجرة ، وحينئذ يحلف ان العقد لم يكن اجارة وانما كان عارية
ثم ترد العين الى مالكيها .

اما اذا كان الخلاف قبل مضي مدة لها اجرة والعين تالفة ، فلا فائدة من
الخلاف في هذه الحال ، لان كلا من العين المارة ، والمؤجرة امانة في يـ
المستعير والمؤجر .

اما اذا كان الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة والمعين باقية، فالقول قول المالك حينئذ، وكذلك اذا كان الخلاف بعد مضي مدة لها اجرة والمعين تالفة فالقول قول المالك بيمينه ان ادعى الاجارة، ولا يتصور ادعائه الحاربية، اذ لا فائدة له من ذلك، على اعتبار ان الحاربية امانة لا تضمن الا بالتعدي .

التاسع والعشرون : اذا اختلف مالك الميعن وقابضها فادعى احدهما الفسب والاخر الحاربية، فان كان الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة والميعن قائمة ردت الميعن الى مالكها اذ لا معنى للاختلاف في ذلك طالما ان الميعن قائمة ولم تمض مدة لها اجرة، فلم تفت الميعن، ولا المنفعة حتى يمكن ان يدعى ذلك .

اما اذا كان الاختلاف قبل مضي مدة لها اجرة والميعن تالفة، فالقول قول المالك ان ادعى الفسب، وكان القابض قد استعمل ميعن المال، اما اذا لم يستعملها، فالقول قول القابض حينئذ .

اما ان ادعى المالك الاعارة في هذه المسألة فلا يكون ادعائه حينئذ ادعاء بقيمة الميعن لان الحاربية امانة، وانما يكون ادعائه الاعارة حينئذ اقرارا منه ببرائة القابض من الضمان .

الثلاثون : اذا اختلف المالك والقابض في الايداع والاعارة، فان ادعى المالك الحاربية، والقابض الايداع، فلا وجه للخلاف حينئذ، سواء كانت الميعن قائمة او تالفة، لان المالك لا يدعى على القابض ضمان الميعن ولا ضمان المنفعة على اعتبار ان الحاربية امانة في يد المستعير .

اما اذا ادعى المالك الايداع، والقابض الحاربية، فان استخدم الميعن الحارة

فالقول قول المالك، لان المالك يدعى الايداع والتاخير ينكره، فاذا استغنى المدين
المدين فقد ظهر سبب الضمان وهو استخدام ملك الخير بدون اذنه، وادعاء
الاذن لا يثبت بدعواه .

الحادى والثلاثون : اذا اختلف المصير والمستصير فى الاطلاق والتقييد
فقال المصير مثلا : اعرتك هذه السيارة من جدة الى مكة، وسافرت بها الى
الطائف فيجب عليك الضمان، وقال المستصير : بل اعرتنى من جدة الى الطائف
فلا ضمان على فى ذلك، فalcول حينئذ قول المصير فى هذه المسألة، لان المالك
مدعى عليه فكان القول قوله .

الثانى والثلاثون : اذا اختلف المصير والمستصير فى اشتراط شرط لا يخالف
مقتضى عقد الحارية، كما اذا قال مصير الارض مثلا : اعرتك ارضى للفرس على
ان تنقل ما غرسه عند انتهاء عقد الحارية، فقال المستصير، بل اعرتنى لذلك ولم
تشرط على القطع، فalcول حينئذ قول المصير، لان الاصل ان من صدق فى شىء
صدق فى صفته، والمصير والمستصير لو اختلفا فى اصل عقد الحارية صدق المصير .

الثالث والثلاثون : اذا اختلف المصير والمستصير فى صفة العين المصاره
اوفى قيمتها بعد تلفها، فalcول حينئذ قول المستصير فى ذلك مع يمينه، وذلك
نظرا الى ان المستصير غارم ومنكر لما يدعىه المصير من الزيادة والاصل عدمها
الا ان يكون للمصير بينه .

هذا اذا اشبه قول المستصير، اما اذا لم يشبه فalcول قول المصير .

الرابع والثلاثون : اذا اختلف المقيم والمستقيم في رد العين الممارة فقال المقيم للمستقيم مثلا : اردد الى مالي الذي استعرت ، وقال المستقيم : اردد تهالك ، فيصدق المستقيم حينئذ ، لانه يقبل قوله في التلف والضياع مع يمينه نظرا الى ان الحارية امانة في يد المستقيم لا تضمن الا بالتعمد او بالتقصير في حفظها .

الخامس والثلاثون : اذا ادعى المقيم تلف العين الممارة ، بتمسك المستقيم او تقصيره ليضمنه اياها ، فانكر وادعى تلفها بأقعة سماوية ونحو ذلك ليتخلص من الضمان ، فالقول حينئذ قول المستقيم مع يمينه ، وذلك نظرا الى ان عقد الحارية امانة ، والمستقيم مؤتمن على العين الممارة ، والمؤتمن يصدق بيمينه في ادعاء هلاك الامانة بدون تعد او تقصير منه ، ما لم تقم بينة على خلاف ذلك .

وبعد فهذه اهم نتائج البحث في عقد الحارية ، وبها تنتهي هذه الرسالة التي حاولت ان اجعلها وافية بموضوعها ما استطعت الى ذلك سبيلا .
فان كنت موفقا في محاولتي فذلك فضل من الله عز وجل ، واحمد الله على ذلك واشكركه .

وان لم يكن الامر كذلك فعزائي اني قد بذلت وسعى مخلصا ، وافرغت جهدي صابرا محتسبا ، لا قدم عملا جيدا ، فارجو ان لا احرم من ثواب المجتهدين المخطئين ، كما وعد بذلك سيد المرسلين عليه افضل الصلاة والتسليم . . وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

قائمة المراجع
مبسممممممممممممممممممممممم

(مرتبة على حروف المعجم)

- القرآن الكريم
- الحديث الشريف

(أ)

- احكام القرآن
- لابى بكر محمد بن عبد الله ، المعروف بابن العربي ، ولد سنة ٤٦٨ هـ ،
وتوفى سنة ٥٤٣ هـ .
تحقيق : على محمد الجاوى
- الطبعة الثالثة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م بمطبعة ميسى البابى الحلبي وشركاه .
- احكام المعاملات الشرعية
- لعلى الخفيف ، استاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الاول .
طبع بمطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٤ م .
- الاحكام فى اصول الاحكام
- لسيف الدين ابى الحسن على ابن ابى على بن محمد الامدى ، المولود سنة
٥٥١ هـ والمتوفى سنة ٦٣١ هـ .
- تعليق : عبد الرزاق عفيفى مدير المعهد العالى للقضاء بالرياض .
- تصحيح : عبد الله بن غديان - وعلى الحمد الصالحى .

الطبعة الاولى ١٣٨٧/٨/٧ هـ بمطبعة مؤسسة النور بالرياض .

الناشر : على الحمد الصالحى .

— الاختيار لتعليل المختار

لعبدالله بن محمود بن مودود بن محمود ،ابى الفضل ،مجد الدين ،

الموصلى ،المتوفى سنة ٦٨٣ هـ .

تحقيق : محمد محبى الدين عبد الحميد

الطبعة الثالثة ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م مطبعة المدني بالقاهرة .

— ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول

لمحمد بن على بن محمد الشوكانى ،المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ .

مطبوع بهامشه شرح الشيخ احمد بن قاسم الحيايدى الشافعى على شرح

جلال الدين محمد بن احمد المحلى الشافعى ،على الورقات فى الاصول

لامام الحرمين عبد الملك بن عبدالله الجوينى الشافعى المتوفى سنة ٤٧٨ هـ .

الطبعة الاولى ١٣٥٦ هـ / ١٩٣٧ م ،مطبعة مصطفى البابى الحلبي

واولاده بمصر .

— اسنى المطالب شرح روض الطالب

لابى يحيى زكريا الانصارى الشافعى ،المتوفى سنة ٩٢٦ هـ .

مطبوع بهامشه حاشية الشهاب ابى العباس احمد الرملى الكبير .

تصحیح : محمد الزهرى الشمراوى

المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٣ هـ .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

- الاشياء والنظائر، في قواعد وفروع فقه الشافعية
لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي، والمتوفى سنة ٩١١ هـ .
- الطبعة الاخيرة ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٩ م، بمطبعة البابي الحلبي واولاده بمصر .
- الاشياء والنظائر، على مذهب ابى حنيفة النعمان
لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، المولود بالقاهرة عام ٩٢٦ هـ والمتوفى
عام ٩٧٠ هـ .
- تحقيق : عبد المزيـز محمد الوكيل
مطابع سجل العرب ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م .
- الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع بالقاهرة .
- الاشراف على مسائل الخلاف
للقاضى عبدالوهاب بن على بن نصر البخداوى، والمتوفى سنة ٤٢٢ هـ .
مطبعة الارادة .
- اصول السرخسى
لاحمد بن ابى سهل السرخسى، والمتوفى سنة ٤٩٠ هـ .
- تحقيق : ابو الوفا الافغانى
مطبعة دار المعرفة - بيروت، لبنان ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م .
- عنيت بنشره : لجنة احياء المعارف النعمانية بحيدر اباد الدكن بالهند .
- اصول الفقه
لمحمد الخضرى بك، المفتش بوزارة المعارف، ومدرس التاريخ الاسلامى
بالجامعة المصرية .

- الطبعة الثانية ١٣٥٢هـ / ١٩٣٣م ، المطبعة الرحمانية بمصر .
- اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المحييين
- للسيد ابي بكر المشهور بالسيد البكرى بن الحارث بالله السيد محمد شطا
الدمياطى نزيل مكة المشرفة .
- الطبعة الرابعة ١٣١٩هـ المطبعة الميمنية .
- اعلام الموقمين عن رب العالمين
- لشمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية
المتوفى سنة ٧٥١هـ .
- مطبعة فرج الله زكى الكردى بالقاهرة .
- اقرب الموارد فى صحيح العربية والشوار
- لسعيد الخورى الشرتونى اللباني
- مطبعة مرسلى اليسوعية ، بيروت ١٨٨٩م .
- الاقناع فى حل الفاظ ابي شجاع
- لمحمد الشريئى الخطيب ، مطبوع بهامش تحفة الحبيب على شرح الخطيب .
- الطبعة الاخيرى ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م .
- مطبعة : مصطفى البلى الحلبي واواده بمصر .
- الافصاح فى فقه اللغة
- لمحمد الفتاح الصعيدى عضو مجمع اللغة العربية ، وحسين يوسف موسى
- المفتش الاول بالتعليم الثانوى " سابقا " .
- الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م مطبعة المدنى بالقاهرة .

- الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل
لملاء الدين ابى الحسن على بن سليمان المرداوى الحنبلى، المتوفى
سنة ٨٨٥ هـ .

تحقيق : محمد حامد الققى

الطبعة الاولى ١٣٧٦ هـ / ١٩٥٧ م مطبعة السنة المحمدية .

- الانوار لعمال الابرار

ليوسف الاردبيلى، مطبوع مع حاشية الكثرى، وحاشية الحاج ابراهيم .

الطبعة الاخيرة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م، مطبعة المدنى بالقاهرة .

(ب)

- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع

لملاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى، المتوفى عام ٥٨٧ هـ .

مطبعة الامام، بالقلمة بالقاهرة .

الناشر : زكريا على يوسف .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد

لابى الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبى

المولود سنة ٥٢٠ هـ المتوفى سنة ٥٩٥ هـ .

الطبعة الرابعة ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق
لزين الدين ابن نجيم الحنفى
الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .
- البحر الزاخر الجامع لمذاهب علماء الاقطار
للمهدي لدين الله، احمد بن يحيى بن المرتضى، المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .
وسهامه كتاب جواهر الاخبار والاثار، المستخرجة من لجة البحر الزخار
لمحمد بن يحيى بهران الصمدى المتوفى سنة ٩٥٧ هـ .
تمليق : القاضى عبد الله بن عبد الكريم الجرافى اليمنى الصنمانى
الطبعة الثانية ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م مؤسسة الرسالة، بيروت .
- بلوغ الامانى من اسرار الفتح الربانى
احمد عبد الرحمن البنا، الشهير بالساعاتى
مطبوع مع الفتح الربانى لترتيب مسند الامام احمد بن حنبل الشيبانى
الطبعة الاولى ١٣٧٠ هـ .

(ت)

- تاج الصروس من جواهر القاموس
لمحمد المرتضى الزبيدى الحنفى، نزيل مصر .
المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٦ هـ .
منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت .

- التاج والاكيل لمختصر خليل
لابي عبدالله محمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدري ، الشهير بالمسواق
المتوفى سنة ٨٩٢ هـ .
مطبوع بهامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطاب .
الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م مطبعة دار الفكر .
- تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الحكم
للقاضي برهان الدين ابراهيم بن علي بن ابي القاسم بن محمد بن
فرحون ، المالكي المدني ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ .
مطبوع بهامش فتح المولى المالك في الفتوى على مذهب مالك لابي عبدالله
الشيخ محمد احمد عيش المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ ،
الطبعة الاخيرة ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي
واولاده بمصر .
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق
لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، المتوفى سنة ٧٤٣ هـ .
الطبعة الاولى ١٣١٥ هـ ، بالمطبعة الكبرى الاميرية بمصر .
- تحفة الحبيب على شرح الخطيب " حاشية البيهقي على الاقناع"
لسليمان البيهقي
الطبعة الاخيرة ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م مطبعة مصطفى البابي الحلبي
واولاده بمصر .

- تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب
- لابي يحيى زكريا الانصارى، المولود سنة ٨٢٦هـ، المتوفى سنة ٩٢٥هـ .
مطبوع بهامش حاشية الشرقاوى عليه .
دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .
- تحفة الفقهاء للسمرقندى
- تحقيق : محمد المنتصر الكتانى، ووهبة الزحيلي
دار الفكر بدمشق .
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج
- لاحمد بن حجر الهيثى الشافعى، نزيل مكة، المتوفى سنة ٩٧٣هـ .
مطبوع مع حاشيتى الشروانى والعبادى .
دار الفكر، بيروت .
- تحقيق المراد فى ان النهى يقتضى الفساد
- لصلاح الدين خليل بن كيكلى الملايى الشافعى، المولود سنة ٦٩٤هـ،
المتوفى سنة ٦٧١هـ .
تحقيق : ابراهيم محمد السلقينى
مطبعة زيد بن ثابت بدمشق ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م .
من مطبوعات مجمع اللغة العربية بدمشق .
- تخريج الفروع على الاصول
- لشهاب الدين ابى المناقب محمود بن احمد الزنجانى، المتوفى سنة ٦٥٦هـ .
الطبعة الاولى ١٣٨٢هـ / ١٩٦٢م مطبعة جامعة دمشق .

- ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وإساس البلاغة
لاحمد طاهر الزاوي
- الطبعة الاولى ١٩٥٩ م مطبعة الاستقامة بالقاهرة .
- تسهيل منح الجليل
لمحمد عليش، مطبوع بهامش شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل
لمحمد عليش ايضا .
دار الطباعة الكبرى .
الناشر : مكتبة النجاح ، طرابلس - ليبيا .
- التمريفات
للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني
مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨ م بمصر .
- تفسير ابن كثير - تفسير القرآن العظيم -
لحماد الدين ابوالفداء اسماعيل بن كثير
الطبعة الثانية ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠ م دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- تفسير الالبوسي " روح المعاني "
للسيد محمود الالبوسي ، طبعة بالافست ، انتشارات جيهان . ايران
طهران .
- تفسير الرازي - التفسير الكبير -
للامام الفخر الرازي ، طبعة بالافست .
الناشر : دار الكتب العلمية . طهران .

- تفسير النسفى - مدارك التنزيل -
- لابى البركات عبدالله بن احمد النسفى . دار احياء الكتب العربية بمصر .
- تقرير الرافعى على حاشية ابن عابدين - التحرير المختار لرد المحتار -
- لمبدالقادر الرافعى الفاروقى الحنفى مفتى الديار المصرية سابقا .
- الطبعة الاولى ٣٢٣ هـ - المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق مصر .
- تكملة المجموع شرح المذهب - التكملة الثانية -
- لمحمد بخيت الطيفى احد كبار فقهاء القرن الرابع عشر الهجرى ، ومفتى
- الديار المصرية سابقا ، توفى سنة ٩٣٥ م .
- مطبوع مع المجموع شرح المذهب للنووى ، وتكملة السبكى - التكملة الاولى - .
- مطبعة الامام بمصر ، الناشر : زكريا على يوسف .
- تمييز الطبيب من الخبيث فيما يدور على السنة الناس من الحديث
- لمبدالرحمن بن على بن محمد بن عمر بن الديبع الشيبانى الشافعى
- المتوفى سنة ٩١١ هـ .
- الطبعة الاخيرة ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م مطبعة مصطفى البابى الحلبي .
- تهذيب الفروق
- لمحمد على بن حسين مفتى المالكية ، من فقهاء القرن الرابع الهجرى .
- مطبوع بهامش الفروق للقرافى .
- دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .

- تهذيب مختصر سنن ابي داود
لشمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية ،
المتوفى ٧٥١ هـ .
مطبوع مع مختصر سنن ابي داود للحافظ المنذرى ، ومعال السنن لابن
سليمان الخطابي .
تحقيق : محمد حامد الفقى
مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ / ١٩٤٩ م .
- التوضيح فى شرح التتقيح
للقاضى صدر الشريفة ، عبدالله بن مسعود المحبوسى البخارى الحنفى
المتوفى سنة ٧٤٧ هـ .
مطبوع مع شرحه المسمى - التلويح على التوضيح - لسعد الدين التفنازاني .
الطبعة الاولى ١٣٢٢ هـ المطبعة الخيرية بمصر .
- تيسير الكريم الرحمن فى تفسير كلام المنان
لعبد الرحمن بن ناصر السعدى ، المطبعة السلفية ومكتبتها ١٣٧٦ هـ .

(ج)

- الجامع لاهكام القرآن - تفسير القرطبي -
ابوعبدالله محمد بن احمد بن ابي بكر بن نوح الانصارى الخزرجى
المتوفى سنة ٦٧١ هـ .

الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ / ١٩٦٧ م .

الناشر : دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة .

— جامع الأصول في احاديث الرسول

مجدد الدين ابو السعادات المبارك بن محمد بن الاثير، المتوفى ٥٦٣٠هـ .

تحقيق : عبد القادر الرناؤوط .

طبعة الملاح ، مكتبة دار البيان ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩ م .

الناشر : مكتبة الحلواني .

— جامع البيان عن تأويل القرآن

للإمام محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠هـ .

الطبعة الثالثة ١٣٨٨هـ ، مطبعة مصطفى الهابي الحلبي .

— جوهرة اللغة

لبن دريد ، ابي بكر محمد بن الحسن الازدي البصري ، المتوفى سنة ٣٢١هـ .

طبعة جديدة بالافتتاح ، عن الطبعة الاولى ١٣٤٥هـ ، مطبعة مجلس

دائرة المعارف العثمانية ، الكائنات بحيدر اباد الدكن .

— جواهر البلاغة في المعاني والبيان ، والبدع

للسيد احمد الهاشمي ، الطبعة الثانية عشر .

— الجوهر النقي على سنن البيهقي

لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني ، الشهير بابن التركمان

مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي .

طبعة بالافتتاح . دار صادر ، بيروت - لبنان .

- الجوهرة النيرة، لابي بكر المبادي
- مخطوط مقاس ٣٠ × ٢٠، مجلد واحد، مكتبة الحرم المكي تحت رقم ٣٦٤٦ .
- حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الخوي
- لاراهيم بن محمد الباجوري، واحد شيوخ الاشراف، توفي سنة ١١٧٦هـ .
- طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربية .
- الناشر : عيسى البابي الحلبي وشركاه .
- حاشية البيجرمي على الخطيب - تحفة الحبيب على شرح الخطيب -
- لسليمان البيجرمي
- الطبعة الاخير ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي
- واولاده بمصر .
- حاشية البنانى على شرح الزرقانى
- لسيدى الشيخ محمد البنانى، مطبوع بهامش شرح الزرقانى على مختصر
- سيدى خليل .
- مطبعة محمد افندى مصطفى بالقاهرة ١٣٠٧هـ .
- حاشية الجمل على شرح المنهج
- لسليمان الجمل المتوفى سنة ٢٠٤هـ .
- دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان .
- حاشية الحاج ابراهيم على الانوار للارذبيلى
- مطبوع مع الانوار لاعمال الابرار، ومعهما حاشية الكثرى .
- الطبعة الاخير ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩م، مطبعة المدنى بالقاهرة .

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
- للشيخ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، توفي يوم الاربعاء
١٢٣٠ / ٤ / ٢١ هـ .
- مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة ١٣٣١ هـ .
- حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل
- لسيدى محمد بن احمد بن محمد بن يوسف الرهونى
- الطبعة الاولى ١٣٠٦ هـ ، المطبعة الاميرية ببولاق بمصر .
- حاشية الرطلى على اسنى المطالب شرح روض الطالب
- للشهاب ابى العباس احمد الرطلى الكبير الانصارى
- مطبوع بهامش اسنى المطالب .
- المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٣ هـ .
- الناشر : المكتبة الاسلامية .
- حاشية سعدى افندى
- لسعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى الحلبي ، ويسعدى افندى
- المتوفى سنة ١٢٤٥ هـ .
- مطبوع مع شرح فتح القدير ، والهداية والعناية ، وتكملة فتح القدير .
- الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ / ١٩٧٠ م مطبعة مصلحى البابى الحلبي وشركاه .
- حاشية الشبرايطسى على نهاية المحتاج الى شرح المنهاج فى الفقه
- على مذهب الامام الشافعى

لابى الضياء نور الدين على بن على الشجرافلى القاهرى ، المتوفى سنة

١٠٨٧ هـ .

مطبوع مع نهاية المحتاج ، وحاشية احمد بن عبد الرزاق بن محمد بن احمد

المصروف بالمنرى الرشيدى .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

— حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الباب

للشيخ عبد الله بن حجازى بن ابراهيم الازهرى ، الشهير بالشرقاوى المتوفى

سنة ٢٢٦ هـ .

مطبوع مع تحفة الطلاب لذكرى الانصارى ، وتقرير السيد مصطفى بن حنفى

الذهى المصرى على حاشية الشرقاوى .

دار المصرفة للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان .

— حاشية الشروانى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج

لمحمد الحميد الشروانى ، نزيل مكة المكرمة ، مطبوع مع تحفة المحتاج ، وحاشية

ابن تاسم العبادى .

مصور عن المطبعة الصيحية بمصر عام ١٣١٥ هـ ، دار الفكر - بيروت .

— حاشية شهاب الدين احمد الشلى على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

للزلىعى . مطبوع بهامش تبين الحقائق .

الطبعة الاولى ١٣١٥ هـ ، المطبعة الكبرى الاميرية .

- حاشية الطحطاوى على الدر المختار
 للسيد احمد الطحطاوى الحنفى
 طبع بالانفست سنة ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م ، دار المعرفة للطباعة والنشر ،
 بيروت - لبنان .
- حاشية المبادئ على تحفة المحتاج
 لاجيد بن قاسم الحياضى ، مطبوع مع تحفة المحتاج للبهيسى ، وحاشية
 الشروانى .
- مصور عن طبع الطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٥ هـ ، دار الفكر - بيروت ؛
 حاشية المدوى على شرح الخرشى لمختصر خليل
 للشيخ على المدوى
 مطبوع بالانفست ، دار صادر - بيروت .
- حاشية المدوى على كفاية الطالب الريانى لرسالة ابن زيد القيروانى
 للشيخ على الصميدى المدوى المالكي ، مطبوع مع كفاية الطالب الريانى ،
 مطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .
- حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى
 لشهاب الدين احمد البرسلى ، المشهور بحميرة ، من علماء القرن الماشر
 الهجرى .
- مطبوع مع شرح الجلال ، وحاشية التليوى .
- مطبعة دار احياء الكتب العربية .

- حاشية قرة عيون الاخبار تكلمة رد المحطار على الدر المختار شرح تنوير
 الابصار في فقه مذهب الامام ابن حنيفة النعمان
 لسيدى محمد علاء الدين افندى ونجل ابن هايدى
 الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي وشركاه .
- حاشية القليوبى على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى
 لشهاب الدين ، احمد بن احمد بن سلامة ، المشهور بالقليوبى المصرى
 الشافعى ، المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ .
 مطبوع مع شرح الجلال ، وحاشية عميرة .
 مطبعة دار احياء الكتب العربية .
- حاشية الكشرى على الانوار لاعمال الابرار ، للاردبيلي
 مطبوع مع الانوار ، وحاشية الحاج ابراهيم .
 الطبعة الاخيرة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م ، مطبعة المدنى بالقاهرة .
- حاشية المقفع
 منقولة من خط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد بن
 عبد الوهاب ، وهى غير منسوبة لاحد ، والظاهر انه هو الذى جمعها .
 المطبعة السلفية ومكتبتها .
- حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم
 لابی عبد الله محمد التاوى
 مطبوع بهامش البهجة فى شرح التحفة للتسولى .

الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م ، مطبعم الطبع والنشر : شركة مكتبة
ومطبعة البابى الحلبي واولاده بمصر :

(د)

- درر النحكام شرح مجلة الاحكام

لعللى حيدرء الرئيس الاول لمحكمة التمييز وامين الفتيا ووزير المدليسة
فى الدولة المشانبة ، ومدرس مجلة الاحكام المدلية بمدرسة الحقـــــوق
بالاستانة .

تعريب : المحامى فهى الحسينى :

منشورات مكتبة النهضة - بيروت - بغداد .

- الدر المختار شرح تنوير الابصار

لمحمد علاء الدين الحصكى المتوفى سنة ١٠٨٨هـ .

مطبوع بهامش رد المحتار على الدر المختار - حاشية ابن عابديسن -

ومطبوع ايضا بهامش حاشية الطحطاوى .

دار الطباعة المصرية الكاشفة بهولاق - مصر سنة ١٢٧١هـ .

- الدر المنتقى فى شرح الملتقى

لمحمد بن على بن محمد بن على ، الطقب بحالا* الدين الحصكى الدمشقى

المتوفى سنة ١٠٨٨هـ .

مطبوع بهامش مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر لداماوافندى .

دار الطباعة العامرة ١٣٢٨هـ .

(ر)

- رد المحتار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين -
لمحمد امين بن عمر، الشهير بابن عابدين، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ، وكان مفتيا بالشام .
دار الطباعة المصرية ببولاق مصر ١٢٧١ هـ .
- روضة الطالبين
للإمام ابي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، ولد سنة ٦٣١ هـ، وتوفى سنة ٦٧٦ هـ .
المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .
- روضة الناظر وجنة المناظر، في اصول الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل لموفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي الدمشقي ومعهما شرحها نزهة الخاطر الحافظ، لعبد القادر بن احمد بن مصطفى بدران الدوسي ثم الدمشقي .
المطبعة السلفية بمصر ١٣٤٢ هـ .
- الروض المربع بشرح زاد المستقنع - مختصر المقنع، في فقه الإمام احمد بن حنبل الشيباني
المتن : لشرف الدين ابي النجاء والشرح : لمنصور بن يونس البهوتي .
مطبوع معهما تعليقات وحواش لعبد الله بن عبد الرحمن ابو بطين مفتي الديار السعودية في زمنه .
المطبعة السلفية بمصر - القاهرة ١٣٤٩ هـ .

(ز)

- زاد المعاد في هدى خير المباد
لشمس الدين ، أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المحروف بأبي قيم الجوزية
المتوفى سنة ٧٥١ هـ .
الطبعة الثانية ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده
بمصر .
- الزوائد في فقہ امام السنة احمد بن حنبل الشيباني
لمحمد بن عبدالله آل حسين ، المتوفى عام ١٣٨١ هـ .
الطبعة الثانية ، مطبعة دار البيان ، القاهرة .

(س)

- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام
لمحمد بن اسماعيل الأمير ، المعنى الصنعاني ، المولود سنة ١٠٥٩ هـ ،
المتوفى سنة ١١٨٢ هـ .
مطبوع مع متن نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر ، مع تعليقات مختارة
لابن حجر المستطاني .
راجعه وعلق عليه : محمد عبدالعزيز العولي ، الأستاذ بدار العلوم بالقاهرة .
الطبعة الثانية ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي
وأولاده بمصر .

- سراج السالك شرح اسهل المسالك
- للسيد عثمان بن حسنين يرى الجملى المالكى
- الطبعة الاخيرة - مطبعة مصطفى البابى الحلبي واولاده بمصر .
- السلسيل فى معرفة الدليل - حاشية على زاد المستقنع -
- لصالح بن ابراهيم البليهي ، المدرس بمعهد بيريدى الحلبي .
- الطبعة الاولى ١٣٨٦ هـ مطبع نجد التجارية - الرياض .
- سلسلة الاحاديث الصحيحة وشيخ من فقهها وفوائدها
- لمحمد ناصر الدين الالبانى ، واحد علماء الحديث فى دمشق فى هذا
- المصدر .
- منشورات المكتب الاسلامي ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م .
- سنن ابن ماجه
- للمحافظ ابى عبدالله محمد بن يزيد القزويني ، المتوفى سنة ٣٧٣ هـ .
- تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة دار احياء الكتب العربية - ميسس
- البابى الحلبي ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م .
- السنن الكبرى
- للمحافظ ابى بكر احمد بن الحسين بن على البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ
- طبعة بالافست .
- سنن النسائي
- للالمام الحافظ احمد بن شعيب النسائي ، المتوفى سنة ٢٥٥ هـ .

مطبوع مع شرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، وحاشية الامام السندی .
 صحح بمعرفة بعض افاضل العلماء وقوبل على عدة نسخ ، وقرئ في المرة
 الاخيرة على الشيخ محمد المسعودي المدرس بالقسم العالي بالازهر .
 المطبعة المصرية بالازهر .

(ش)

- شرح ابن قاسم الفزى على متن الشيخ ابن شجاع في مذهب الامام الشافعى
 مطبوع بهامش حاشية الباجورى عليه .
 طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبي وشركاه .
- شرح التلويح على التوضيح
 لسعد الدين مسعود بن عمر التفلازاني الشافعى المتوفى سنة ٧٩٢ هـ .
 الطبعة الاولى ١٣٢٢ هـ ، المطبعة الخيرية بمصر .
- شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل
 لابي عبدالله محمد بن عبدالله بن على الخرشى شيخ المالكية في زمنه .
 ولد سنة ١٠١٠ هـ ، وتوفى سنة ١١٠١ هـ .
 طبعة بالافتت - دار صادر - بيروت .
- شرح الزرقاني على مختصر سيدى خليل
 لعبد الباقي بن يوسف بن احمد بن محمد بن علوان الزرقاني ، ولد سنة
 ١٠٢٠ هـ بمصر ، وتوفى بها سنة ١٠٩٩ هـ .
 مطبعة محمد افندى مصطفى بالقاهرة ١٣٠٧ هـ .

- شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك

مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م .

صححت هذه الطبعة وروجعت بمعرفة لجنة من العلماء .

- الشرح الصغير

لابي البركات سيدى احمد بن محمد بن احمد بن ابي حامد السدي

الازهرى الخلوٲى ، الشهير بالدردير ، الملقب بمالك الصغير لسعة علمه

بمذهب مالك ، ولد سنة ١١٢٧هـ ، وتوفى ١٢٠١هـ .

مطبوع بهامش بلغة السالك لا قرب المسالك الى مذهب الامام مالك . تأليف

احمد بن محمد الصاوى المالكى .

الطبعة الاخيرة ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م ، مطبعة البايى الحلبي واولاده بمصر .

- شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى

لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم السكندري المعروف بابن

الهام الحنفى ، المتوفى سنة ٦٨١هـ .

مطبوع مع الهداية للمرغينانى ، والعناية للبايرتى ، وحاشية سعدى افندى

ونتائج الافكار لقاضى زاده .

الطبعة الاولى ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م ، مطبعة مصطفى البايى الحلبي

واولاده بمصر .

- الشرح الكبير ، المسمى - فتح القدير -

لابي البركات سيدى احمد بن محمد بن احمد بن ابي حامد السدي

الازهرى الخلوٲى ، الشهير بالدردير ، الملقب بمالك الصغير ، توفى ١٢٠١هـ .

- مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه .
- مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة ١٣٣١ هـ .
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل
لمحمد عليش بن احمد بن محمد عليش
مطبوع مع تسهيل منح الجليل ، دار الطباعة الكبرى .
الناشر : مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا .
- شرح منهاج الطالبين
لجلال الدين محمد بن احمد المحلي الشافعي ، المتوفى سنة ٨٦٢ هـ .
مطبوع مع حاشية القليوبي وحاشية عميرة .
مطبعة دار احياء الكتب العربية .
- شرح المنهج
لابي يحيى زكريا الانصاري ، المتوفى سنة ٩٢٦ هـ .
مطبوع بهامش حاشية سليمان الجمل .
دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان .
- شرح الهروري على كنز الدقائق ، في فروع الحنفية
محمين الدين الهروري ، المعروف بمنلا مسكين ، المتوفى سنة ٨٥٠ هـ .
طبع سنة ١٣٥٥ هـ / ١٩٣٦ م .

(ص)

- صحيح الامام البخارى

شيخ المحدثين محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن برد زيسه
البخارى الجعفى ، ولد سنة ١٩٤ هـ وتوفى سنة ٢٥٦ هـ .
تحقيق وتعليق : محمود النواوى ، المفتش بالازهر الشريف والمعاهد الدينية
ومحمد ابو الفضل ابراهيم مدير الشؤون المكتبية بدار الكتب ، ومحمد خفاجى
الاستاذ فى كلية اللغة العربية بالازهر .
مطبعة الفجالة الجديدة ١٣٧٦ هـ .

- ^{جامع} صحيح الامام الترمذى (يَنْفَعُ الى حرف الجيم)

ابوعيسى الترمذى ، ولد سنة ٢٠٠ وقيل ٢١٠ هـ وتوفى سنة ٢٩٥ هـ .
مطبوع مع شرحه لابن العربى المالكن .

الطبعة الاولى ١٣٥٠ هـ / ١٩٣١ م ، المطبعة المصرية بالازهر .

- صحيح الامام مسلم

ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشبرى النيسابورى ، توفى سنة
٢٦١ هـ ، وهو ابن خمس وخمسين .

مطبعة محمد على صبيح واواده بالقاهرة .

(ض)

— ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي

لسليمان محمد احمد - مطبوع بالالة الكاتبة باليد -

رسالة اعدھا مؤلفھا لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الاسلامي من كلية
الشريعة والقانون بجامعة الازھر الشريف ، وذلك عام ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥ م
باشراف الدكتور عبدالغني محمد عبدالخالق رئيس قسم اصول الفقه بكلية
الشريعة والقانون .

نسخت بدار المصطفى للنسخ والطبع بالقاهرة .

(ط)

— طرق التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والقانون المدني

لاسماعيل عبدالغني اسماعيل سمھان

رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ، بجامعة الازھر الشريف ، لنيل
درجة الدكتوراه في الفقه الاسلامي ، تحت اشراف الدكتور جميل الشرقاوي
عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، والدكتور محمد انيس عبادة ، رئيس قسم
الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالازھر الشريف .

قدمت الرسالة سنة ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦ م .

مطبوعة بالالة الكاتبة باليد .

(ع)

— عقد الكفالة - دراسة مقارنة -

لسليمان بن وائل بن خريف التوجيهي، المحاضر بجامعة الملك عبد العزيز
حاليا .

رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبد
المعز في مكة المكرمة، لنيل درجة الماجستير في الفقه الاسلامي باشراف
الدكتور محمد شميان حسين .
مطبوعة بالالة الكاتبة باليد .

— العناية على الهداية

للامام اكمل الدين محمد بن محمود الباهرتي، المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
مطبوع مع شرح فتح القدير، والهداية، وحاشية سعدى افندي، ونتائج الافكار .
الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ / ١٩٧٠ م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

(غ)

— غاية البيان شرح زيد ابن رسلان

لشمس الدين محمد بن احمد الرطبي الانصاري، المعروف بالشافعي الصغير
ولد سنة ٩١٩ هـ، وتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان .

- غز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر
لاحمد بن محمد الحموى وتوفى سنة ١٠٩٨ هـ .
دار الطباعة الحامرة ١٢٩٠ هـ .

(ف)

- الفتاوى
لشيخ الاسلام تقى الدين احمد بن عبد الحليم بن تيمية، المتوفى سنة
٧٢٨ هـ .
الطبعة الاولى ١٣٨٦ هـ، مطبعة حكومة المملكة العربية السعودية .
- الفتاوى البزازية
للشيخ محمد بن محمد بن شهاب، المعروف بابن البزاز، المتوفى ٨٢٧ هـ .
الطبعة الثانية ١٣١٠ هـ، المطبعة الكبرى الاميرية .
- الفتاوى الكبرى للفقهاء
لاحمد شهاب الدين بن محمد يد رالد بن بن محمد شمس الدين بن عيسى
نور الدين بن حجر الهيتمي الشافعى المكي .
ولد سنة ٩٠٩ هـ، وتوفى سنة ٩٧٤ هـ .
مطبعة عبد الحميد احمد حنفى بمصر ١٣٥٧ هـ .
الناشر : المكتبة الاسلامية .

- الفتاوى الهندية - تعرف بالفتاوى المالكية -
للملازمة نظام وجماعة من علماء الهند
الطبعة الثانية . ٣١ هـ ، المطبعة الكبرى الاميرية .
- فتح الباري بشرح صحيح الامام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري
لاحمد بن علي بن حجر المسقلاني ، ولد سنة ٧٧٣ هـ ، وتوفي سنة ٨٥٢ هـ .
المطبعة السلفية ومكتبتها .
- الفتح الرباني لترتيب مسند الامام احمد بن حنبل الشيباني
لاحمد عبد الرحمن البنا ، الشهير بالساعاتي
مطبوع مع مختصر شرحه ، ببلوغ الاماني من اسرار الفتح الرباني للساعاتي ايضا .
الطبعة الاولى . ٣٧٠ هـ .
- فتح العزيز شرح الوجيز
لابي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٢٣٦ هـ .
مطبوع مع المجموع شرح المذهب وتكلمته والتلخيص الحبير .
مطبعة التضامن الاخوي .
- فتح القدير - الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير -
لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفى سنة ٢٥٠ هـ .
الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٤ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر .
- الفتح الكبير في ضم الزيادة الى الجامع الصغير
ليوسف بن اسماعيل النبهاني
مطبعة مصطفى البابي الحلبي . ١٣٥٠ هـ .

- الفروق

لشهاب الدين ، ابو المباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصفهاجى

المشهور بالقرافى ، المتوفى سنة ٦٨٤ هـ .

دار المصرف للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان .

- الفواكه الدوانى شرح على رسالة ابى محمد عبدالله بن ابى زيد القيروانى

المالكي

لاحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكي الازهرى المتوفى سنة ١٢٠ هـ

الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٥ م ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي

والولادة بمصر .

(ق)

- القاموس المحيط

لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادى الشيرازى ، ولد سنة ٧٢٩ هـ

وتوفى ٨١٧ هـ .

مطبعة السعادة بمصر .

- القواعد فى الفقه الاسلامى

لحافظ ابى الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلى ، المتوفى سنة ٧٩٥ هـ .

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٣ م ، مطبعة الصدق الخيرة بمصر .

- القواعد الفقهية -

لميززا حسن الموسوي

مطبعة الاداب في النجف ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م .

- قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية -

لمحمد بن احمد بن جزى النرناطي ، ولد عام ١٢٩٣هـ ، وتوفي سنة ١٢٤٦هـ .

طبعة جديدة منقحة ، دار العلم للملايين - بيروت .

- القيود الواردة على استعمال الملكية في الشريعة الاسلامية -

لصالح بن عبد الله بن حمد

رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الملك عبد

المعز في مكة المكرمة ، لنيل درجة الماجستير في الفقه الاسلامي .

بإشراف الدكتور عثمان احمد المرازقي

منسوخة على الالة الكاتبة ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٧م .

(ك)

- الكتاب -

لابي الحسين احمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي ، المولود فسي

عام ٣٦٢هـ ، والمتوفى عام ٤٢٨هـ .

مطبوع مع شرحه للباب ، لمعيد الفنى الخنيمى الدمشقى الميدانى احد علماء

القرن الثالث عشر .

تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد .

- كشف القناع عن متن الاقتاع
- لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي والمتوفى سنة ١٠٥١ هـ .
- راجعه وعلق عليه : الشيخ هلال مصلحى مصطفى هلال ، استاذ الفقه والتوحيد بالازهر الشريف .
- الناشر : مكتبة النصر الحديثة بالرياض - المملكة العربية السعودية .
- الكافي في فقه اهل المدينة المالكى
- لابى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي والمتوفى سنة ٤٦٣ هـ .
- تحقيق : الدكتور محمد محمد احمد ولد ماديك الموريتانى .
- كفاية الطالب الربانى لرسالة ابي زيد القيروانى
- لعللى ابي الحسن المالكى الشاذلى ، مطبوع بهامش حاشية على الصفيدي العدوى المالكى .
- مطبعة مصطفى الهايى الحلبي واولاده بمصر ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .
- كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام الجزوى
- لعلاء الدين عبدالعزيز بن احمد البخارى ، المتوفى سنة ٧٣٠ هـ .
- طبعة جديدة بالافست ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م ، دار الكتاب العربى — بيروت - لبنان .

- كشف الخفا ومزيل الالباس عما اشتهر من الاحاديث على السنة الناس
- لاسماعيل بن محمد المجلوني الجراحي والمتوفى سنة ١١٦٢ هـ .
- اشرف على طبعه وتصحيحه والتعليق عليه : احمد القلاش .
- مطبعة الفنون ، حلب - سوريا .

(ل)

- اللباب في شرح الكتاب
- لعبد الفنى الفنىي الدمشقي الميداني الحنفي ، واحد علماء القرن
- الثالث عشر .
- تحقيق : محمد محيى الدين عبد الحميد .

(م)

- المبدع في شرح المقنع
- لابي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن
- مفلح المورخ الحنبلي ، المولود سنة ٨١٦ هـ ، والمتوفى سنة ٨٨٤ هـ .
- المكتب الاسلامي .
- المبسوط
- لشمس الدين محمد بن ابي سهل السرخسي ، المتوفى سنة ٤٨٣ هـ .
- الطبعة الاولى - مطبعة السعادة بمصر .

- مجمع الانهر شرح ملتنقى الابهر
لعبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان، المصروف بداماد افندى
مطبعة دار الطباعة العامة ١٣٢٨ هـ .
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد
للحافظ نور الدين على بن ابي بكر الهيثمي، المتوفى سنة ٨٠٧ هـ .
مطبوع مع تحرير العراقي وابن حجر .
الطبعة الثانية ١٩٦٧ م .
التأشير : دار الكتاب، بيروت - لبنان .
- مجلة الاحكام المدلية
لجماعة من علماء الدولة العثمانية . مطبوعة مع شرحها لعلی هيدر .
تصريب : المحامي فهمي الحسيني .
منشورات مكتبة النهضة - بيروت - بغداد .
- المجموع شرح المذهب
لابي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .
مطبوع مع فتح الميزان للرافعي، والتلخيص الحبير في تخريج احاديث
الرافعي، وتكملته .
مطبعة التضامن الاخوي .
- محاسن التأويل - تفسير القاسمي -
لمحمد جمال الدين القاسمي، المولود سنة ١٢٨٣ هـ، والمتوفى سنة ١٣٣٢ هـ .

تصحيح وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي .

الطبعة الاولى ١٣٨٠هـ - دار احياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر .

- المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل

لمجدد الدين ابي البركات المولود سنة ٥٩٠هـ والمتوفى سنة ٦٥٢هـ .

مطبوع مع النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر لمجدد الدين بن تيمية

تأليف شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي .

مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٩هـ / ١٩٥٠م .

- المحكم والمحيط الاعظم في اللغة

لمولى بن اسماعيل بن سيده المتوفى سنة ٤٥٨هـ .

تحقيق : عبد الستار احمد فراج .

الطبعة الاولى ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي

واولاده بمصر .

- المحلى

لابي محمد على بن احمد بن سعيد بن عزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ .

الطبعة الاولى ١٣٥٠هـ ، ادارة الطباعة المنيرية بمصر .

- مختار الصحاح

لمحمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي المولود سنة ٥٤٣هـ والمتوفى

سنة ٦٠٦هـ .

عنى بترتيبه : محمود خاطر بك

الطبعة الخامسة : طبع بالمطبعة الاميرية ببولاق - القاهرة ١٣٥٨هـ / ١٩٣٩م

— مختصر الانصاف والشرح الكبير فى فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيبانى

للامام محمد بن عبد الوهاب، المولود سنة ١١١٥هـ، والمتوفى سنة ١٢٠٦هـ.

المطبعة السلفية ومكتبتها .

— مختصر خليل

ابو الضياء خليل بن اسحاق بن موسى المالكي، المتوفى فى ١٣ —

ربيع الاول سنة ٧٧٦هـ .

صححه وعلق عليه : طاهر احمد الزاوى .

دار احيا الكتب العربية - عيسى الهاي الحلبي .

— مختصر سنن ابى داود

للمحافظ زكى الدين ابى محمد عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى، المتوفى

سنة ٦٥٦هـ .

مطبوع مع معالم السنن للخطايب، وتهذيب الامام ابن قيم الجوزية .

تحقيق : محمد حامد الفقى

مطبعة السنة المحمدية ٣٦٨هـ / ١٩٤٩م .

— المدخل الفقهى المام

لمصطفى احمد الزرقا، استاذ القانون المدنى والشريعة الاسلامية فى

كلية الحقوق بجامعة دمشق .

- الطبعة التاسعة ١٩٦٧ - ١٩٦٨ م مطابع الف با* - الاديب - دمشق .
- المدخل لدراسة الفقه الاسلامي
- لحسين حامد حسان ، استاذ مساعد الشريعة بحقوق القاهرة .
- الطبعة الاولى ١٩٧٢ دار الاتحاد العربي للطباعة بمصر .
- الناشر : دار النهضة العربية بالقاهرة .
- المدونة الكبرى للإمام مالك
- رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم
- المتقي عن الامام مالك بن انس رضى الله عنهم .
- الطبعة الاولى ١٣٢٣ هـ ، مطبعة السعادة بمصر .
- مذكرة اصول الفقه على روضة الناظر وجنة الناظر لبن قدامة
- لمحمد الامين بن المختار الشنقيطي
- مطابع دار الاصفهاني وشركاه - جدة - المملكة العربية السعودية .
- من مطبوعات الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة .
- مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية ، على
- مذهب الامام ابي حنيفة النعمان
- لمحمد قدرى باشا
- الطبعة الاولى ١٣٣٨ هـ .
- عنى بطبعه : المكتبة المصرية بالمشاوي بمصر .

- المستدرک
للحافظ ابو عبد الله الحاکم
طبعة بالافت - دار الفكر - بيروت - لبنان .
- مشکاة المصابيح
لولى الدين محمد بن عبد الله الخطيب الحمري التبريزي
تحقيق : محمد ناصر الدين الالباني
الطبعة الاولى ١٣٨١هـ / ١٩٦١م - المكتب الاسلامي للطباعة والنشر
دمشق .
- مشكل الآثار
لابي جعفر الطحاوي احمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الازدي المصري
الحنفي ، المتوفى سنة ٣٢١هـ .
الطبعة الاولى ١٣٣٣هـ - مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة
في الهند - حيدر اباد الدکن .
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير
لاحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المتوفى سنة ٧٧٠هـ .
تصحیح مصطفی السقا ، الاستاذ المساعد بكلية الاداب بجامعة فؤاد الاول .
مطبعة الباهي الحلبي واولاده بعصر .
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي
لمبد الرزاق السنهوري
مطابع دار المعارف ١٩٦٧م .

- مطالب اولى النهى فى شرح غاية المنتهى
لمصطفى السيوطى الرحيبانى . مطبوع مع تجريد زوائد الفاية والشروح
لحسن الشطى .
منشورات المكتب الاسلامى - دمشق .
- معجم متن اللغة - موسوعة لغوية حديثة -
لاحمد رضا - عضو المجمع اللغوى بدمشق .
دار مكتبة الحياة - بيروت ١٣٧٩هـ / ١٩٦٠م .
- المعجم الوسيط - عن مجمع اللغة العربية -
لابراهيم مصطفى ، واحمد حسن الزيات ، وحامد عبدالقادر ، ومحمد النجار ،
واشرف على طبعه : عبدالسلام هارون .
المكتبة العلمية - طهران .
- المثنى على مختصر ابي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن احمد الخرقى
لابى محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المولود سنة ٥٤١ هـ ،
والمتوفى سنة ٦٢٠ هـ .
تحقيق : الدكتور طه محمد الزينى ، الاستاذ بالازهر .
مطابع سجل العرب ١٣٨٩هـ / ١٩٦٩م .
الناشر : مكتبة القاهرة .
- مثنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج
لمحمد الشربيني الخطيب ، المتوفى سنة ٩٧٧ هـ .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨ م .

- مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة

لمحمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي

مطبعة الفيحاء بدمشق ١٣٣١ هـ .

- النافع

بحث نشر في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر في القاهرة عن كلية

الحقوق، المجلد الثالث السنة العشرين - ١٩٥٠ م - لملي الخفيف،

استاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الاول بمصر .

من مطبوعات : جامعة فؤاد الاول بمصر .

- منتهى الارادات - المسمى دقائق اولى النهى لشرح المنتهى - ينص على

لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي، المولود سنة ١٠٠٠ هـ، والمتوفى

سنة ١٠٥١ هـ بالقاهرة .

مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م .

- منحة الخالق على البحر الرائق

لمحمد امين بن عمر، الشهير بابن عابد بن، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ .

مطبوع بهامش البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم .

الطبعة الثانية - دار المصرف للطباعة والنشر - بيروت لبنان .

— قنہاج الطالبین

لابی زکریا محیی الدین بن شرف النووی، المتوفی سنة ٥٦٧٦ هـ .

مطبوع مع شرحه للجلال المحلی وحاشیتی القلیوبی وسمیرة .

مطبعة دار احیاء الکتب العربیة .

— منهاج الوصول فی علم الاصول

لعبد الله بن ابی القاسم علی بن عمرو البیضاوی، المتوفی سنة ٦٨٥ هـ .

مطبوع مع شرح البدخشى، وشرح الاسنوی .

مطبعة محمد علی صبیح واولاده بالازهر بمصر .

— المنهل العذب الموزود شرح سنن الامام ابی داود

لمحمود محمد خطاب السبکی ۛ

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ، مطبعة الاستقامة .

— المذهب، فی فقه الامام الشافعی

لابی اسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف الفیروز ابادی الشیرازی، المتوفی

سنة ٤٧٦ هـ .

وبذیل صحائفه النظم المستعذب فی شرح غریب المذهب، لمحمد بن احمد بن

بطلال الرکی .

الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م، مطبعة مصطفى البابی الحلبي واولاده

بمصر .

(ن)

- نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار - تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام -
شمس الدين احمد بن قودره المعروف بقاضى زاده افندى ، قاضى
عسكر روملى .
مطبوع مع الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ، وشرح المناية على
الهداية للنايرتى ، وحاشية سمدى افندى .
الطبعة الاولى ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م مطبعة البايى الحلى واولاده بمصر .
- نصب الراية لاحاديث الهداية
لجمال الدين ابي محمد عبدالله بن يوسف الحنفى الزيلعى ، المتوفى
سنة ٧٦٢هـ .
مطبوع مع حاشيته : بغية الالمى فى تخريج الزيلعى .
الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م .
الناشر : المكتبة الاسلامية .
- نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء - بحث مقارن -
لمحمد سلام مذكور - استاذ كرسى الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ، جامعة
القاهرة .
الطبعة الثانية ١٩٦٥م ، المطبعة العالمية بالقاهرة .

— التظم المستعذب في شرح غريب المذهب

لمحمد بن احمد بن بطلال الركني

مطبوع مع المذهب للشيرازي .

الطبعة الثانية ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م مطبعة مصطفى الهابي الحلبي

والولادة بمصر .

— النهاية في غريب الحديث والاثار

لمجدد الدين ابي السعادات الميارك بن محمد بن محمد الجوزي

المعروف بابن الاثير، المولود سنة ٥٤٤هـ، والمتوفى سنة ٦٠٦هـ .

مطبوع بهامشه الدر النثير تلخيص نهاية ابن الاثير للجلال السيوطي .

طبعة قديمة جدا، لم يذكر عليها تاريخ الطباعة، ولا اسم المطبعة التي

طبع فيها الكتاب .

— نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي

لشمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين

الرملي المنوفى المصرى الانصارى، الشهير بالشافعي الصغير، المتوفى

سنة ١٠٠٤هـ .

مطبوع معه : حاشية الشبرايطسى، وحاشية المخبري الرشيدى .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

- نيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار شرح منتقى الاخبار
لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني والمتوفى سنة ١٢٥٥ هـ .
دار الجبل - بيروت لبنان ١٩٧٣ م .
- نيل المرام في تفسير آيات الاحكام
لمحمد صديق خان
الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م - مطبعة السعادة .

(ه)

- الهداية شرح بداية المبتدى
لبرهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني والمتوفى سنة ٥٩٣ هـ .
مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام ، والمنايا للهايتي وحاشية
سعدى افندى .
- الطبعة الاولى ١٣٨٩ هـ / ١٩٧٠ م - مطبعة مصطفى البابي الحلبي
واولاده بمصر .